DERECHO ADMINISTRATIVO

BIBLIOTECA DE DERECHO Y DE CIENCIAS SOCIALES

TRATADO

DE

DERECHO ADMINISTRATIVO

SEGÚN LAS TEORÍAS FILOSÓFICAS Y LA LEGISLACIÓN POSITIVA

POR

ADOLFO POSADA

Profesor de Derecho político
y de Derecho municipal en la Universidad de Madrid.

SEGUNDA EDICIÓN REVISADA

TOMO PRIMERO

INTRODUCCIÓN; LAS FUENTES;
LA POTESTAD DISCRECIONAL; EL SERVICIO PÚBLICO;
LA POLICÍA; EL «SELF-GOVERNMENT»;
BIBLIOGRAFÍA

MADRID
LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUÁREZ
48, PRECIADOS, 48

1923

ES PROPIEDAD

Madrid.—Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos,
Miguel Servet, 13. Teléfono M-651.

350
P84t2
Pol. Sci.
LIBRARY
UNIVERSITY OF ILLINOIS
URBANA

A José Manuel Pedregal

La primera edición de este libro la dediqué a la memoria de tu padre. Hoy quiero poner tu nombre en esta página, y unirlo, así, al recuerdo imborrable de aquella sana y austera personalidad, que tiene en ti un noble y digno sucesor.

A. Posada.

557102

entero cuál es el contenido y cuáles los límites de mi tarea: toda ella debe considerarse, en términos brevísimos, como un *ensayo de exposición sistemática del Derecho del Estado.*

La exposición hállase preparada, con los antecedentes de su orientación filosófica y del criterio general, en la *Introducción* publicada en 1884. Lleno este libro de precipitaciones y de inexperiencias, escrito acaso sin que los problemas que trata se hubiesen madurado convenientemente, quizá cumple, sin embargo, su fin principal, relacionándolo con los libros posteriores (1): hay en él ciertos conceptos fundamentales, que no han sido rectificados enteramente en lo esencial, aunque sí resultan ampliados y completados en la *Teoría del Estado*, sobre el Derecho político, sobre su contenido enciclopédico, sobre la índole orgánica del Estado, y hay también en él la indicación de la manera moderna de ver y de estudiar los problemas del Estado, bajo el influjo del positivismo sociológico, influjo que he estimado siempre necesario hermanar con las más altas manifestaciones de la filosofía del Derecho.

De haber seguido por entero los lineamientos del plan que al final de la *Introducción* se bosqueja, la obra posterior debiera haber contenido una *filosofía del Derecho político*, con sus partes *general*, *especial* y *orgánica*. Pero ya en el prólogo de la *Teoría del Estado* he expuesto las razones generales y circunstancia-

(1) Véase mi *Derecho político comparado. Capítulos de Introducción,* 1905.

les que me han aconsejado un cambio radical en el plan de mis trabajos.

En el *Tratado de Derecho político*, con su anexo (la *Guía)*, se ha querido sistematizar, en su primera parte, la Teoría del Estado, recogiendo las doctrinas más importantes, antiguas y modernas, acerca del mismo: mi principal objetivo, en esta parte del Derecho político, ha sido, de un lado, *construír* una Teoría del Estado, y de otro, presentar un resumen del estado de las cuestiones que la Teoría abarca en la literatura novísima de la Sociología y de la Política. En esta parte de mi trabajo se acentúa la necesidad de hermanar en la doctrina el carácter *sociológico* del Estado con su carácter *jurídico*. Y cuenta que, al hacerlo, me he limitado, después de todo, a procurar reflejar en la idea la realidad misma, la realidad que nos presenta al Estado como organismo de un sistema de funciones de la sociedad, encaminadas, por la atracción constante de los *motivos prácticos* (1), a afirmar y mantener el orden de cooperación universal de todas las fuerzas y energías humanas, sin límite de espacio, pues el orden jurídico arraiga en las profundidades de la conciencia social, y penetra, con su virtud *ética*, hasta donde la conciencia llega, para hacer posibles las manifestaciones racionales de la vida, desde la horda hasta el Estado humano terreno.

En la segunda parte (con el complemento de la *Guía)* se contiene el estudio del Derecho político mo-

(1) Concepción fecundísima de Ihering. Véase *Das Zweck in Rechts*, la *Prehistoria de los indoeuropeos*, etc.

derno, que, por las razones expuestas en su lugar oportuno (1), denomino *constitucional*. Trátase en ella de un trabajo de sistematización fundada en la historia, pero inspirada, en cuanto al método y al alcance filosófico, en las ideas capitales de la *Introducción* y de la *Teoría del Estado:* en su virtud, el *Derecho constitucional* se ha ordenado presentando el *Estado constitucional*, no como el mero resultado *estructural* en la pura organización de magistraturas circunstanciales, sino como entidad sociológica, desde el punto de vista de la actividad y de las funciones sociales del Estado, y atendiendo a su conformidad o disconformidad con el ideal jurídico del Estado humano. La sistematización científica del *Derecho constitucional* se ha procurado armonizar, hasta donde la escasez de los medios me lo han permitido, con la tarea de información erudita, doctrinal y legislativa que me he propuesto; al efecto de que esta información resultase más completa, se ha escrito la *Guía*.

II

El Derecho del Estado, considerado especialmente como derecho *político*, resulta expuesto, en sus lineamientos generales, en la *Introducción* y en el *Tratado de Derecho político*. Naturalmente, no conceptúo definitivos estos lineamientos, ni menos doy un valor absoluto a las ideas que constituyen el contenido doctrinal de esos libros: ¡cuántos cambios no experi-

(1) Tomo II del *Tratado*, lib. I, cap. III.

mentaría todo ello si ahora hubiera de realizar las tareas cumplidas! Después de todo, el que las ideas en forma de opiniones se cristalicen en los libros, no siempre supone que el autor las cristaliza en su cerebro. La verdad puede ser todo lo una y todo lo inmutable que se quiera; la ciencia es un *devenir* incesante, y un libro, a lo sumo, es obra de ciencia, que acaso contiene una expresión circunstancial de la verdad. Pero, en fin, mientras no tenga ocasión de rehacer lo escrito, en la tarea total de sistematización que vengo realizando, las dos obras citadas se han de estimar como la parte que comprende el Derecho del Estado, como Derecho político, en sentido estricto, con los fundamentos sociológicos y jurídicos que supone la investigación del concepto, origen, elementos y fin del Estado, en la *Teoría* del mismo. Lo que, en breve síntesis, abarca todo este estudio es la constitución, a saber, las funciones y órganos del Estado para cumplir su misión jurídica y social y la ley de su vida. El Estado, concebido dinámicamente, como el factor orgánico, por excelencia, de la cooperación humana universal, y la estructura, circunstancial siempre, que sirve para atender a esta gran *necesidad práctica:* he ahí el objeto del Derecho político-filosófico, siendo obra del Derecho constitucional el estudio de cómo todo ello se ofrece real y positivamente en el Estado nacional y representativo moderno.

Pero la actividad del Estado, punto de vista fecundísimo, si se completa con el de la necesidad que razona la actividad, explicándola y dándola un contenido funcional, no resulta completamente delineada y

organizada, según sus principales direcciones, en la *Introducción* y en el *Derecho político*. Como el Derecho del Estado se refiere a su actividad, estas dos obras no abarcan todo el Derecho del Estado. Prescindiendo de algunas manifestaciones *especiales* de la actividad del Estado, que constituyen disciplinas jurídicas independientes, verbigracia, el Derecho internacional, sin salir de la esfera interna de cada Estado, hay un complejísimo orden de relaciones jurídico-políticas que es corriente comprender bajo el epígrafe de *Derecho administrativo*. Para dar a la sistematización del *Derecho del Estado* (que suele denominarse *público interno)* el debido complemento, y poder ofrecer, así, la teoría jurídica y sociológica del mismo con toda la amplitud conveniente, según las exigencias de nuestros estudios jurídicos, desarrollamos en este TRATADO el DERECHO ADMINISTRATIVO, deduciéndolo del político y como capítulo a él subordinado, pero con propia sustantividad doctrinal. Y por tal modo, se habrá recorrido, bien o mal, el ciclo particular de las ciencias jurídicas del Estado, como institución o sistema de instituciones que en la sociedad política, y mediante sus elementos, tienden a afirmar y mantener, por acción directa o indirecta y por acción espontánea y reflexiva, el orden jurídico, condicionando así, por la difusión del ideal del Derecho, la cooperación universal humana.

III

De la orientación filosófica a que responde el sistema del *Derecho administrativo* diré muy poco: es la

misma a que obedece todo lo hecho hasta ahora; la indagación y la exposición del Derecho administrativo se inspiran también en las enseñanzas de la *Sociología*, procurando además reconstruír sus conceptos fundamentales, por el procedimiento del análisis de las necesidades que determinan el sistema funcional del organismo político, y sobre la base de las ideas capitales del *Derecho*. Se insiste más aun que en el *Derecho constitucional* en el aspecto positivo, y hasta meramente *legal*, de una parte, por motivos de carácter social—las personas a quienes interesa dar a conocer el orden sistemático del Derecho administrativo—, y de otra, para hacer ver, en las relaciones más corrientes de la vida del Estado, el elemento jurídico como condición indispensable, si el Estado ha de responder, no ya en la concepción general, sino en sus actos determinados, al *ideal del Derecho*.

La índole misma de la Administración en el Estado, merced a su carácter extensivo y a su tendencia intensiva y penetrante, toda vez que abarca por entero la Constitución del Estado y, por ende, se confunde con la sociedad, hace que mediante ella llegue la acción de aquél, gracias a las exigencias de su conservación, hasta las profundidades más hondas de la vida social—el impuesto, el Ejército, las necesidades de la Estadística, las Comunicaciones, etc., etc.—; y así es de capital importancia seguirla en sus determinaciones más detalladas, concretas y vulgares, para poner de relieve de qué modo resulta una pura abstracción la concepción del Estado como Estado jurídico, si esta concepción no se traduce en un manifiesto

imperio del Derecho en las relaciones de la Administración práctica.

Conviene advertir, aunque repita en el prólogo algo de lo que, con la extensión debida, se razona en la *Introducción al* Derecho administrativo, que el concepto de éste y el de la Administración del Estado, que sustento, se apartan bastante de los corrientes, cuando se confunde la Administración con el Poder ejecutivo o con el Gobierno, y cuando se da a la función de ingerencia social un valor de pura actividad administrativa. El concepto de la Administración, que será el cimiento del sistema y alrededor del cual gira toda la doctrina constructiva y crítica, se acerca, sin duda, a las ideas de Stein, Orlando, Ferraris, etc., etc.; pero se diferencia de ellas en virtud de la distinción, que, en mi opinión, es importantísima, entre la actividad del Estado para el derecho—fin político—o para el cumplimiento de la misión social que se atribuye, y la actividad del Estado para sí, en que éste, como dice el Sr. Giner, se toma como fin de su propia actividad (1), actividad que el mismo Sr. Giner denominaba de *conservación,* y que yo, por mi parte, insistiendo en el concepto de la conservación y merced a un análisis realista de las necesidades del Estado, he definido como actividad encaminada a *formar, conservar y perfeccionar el organismo político.*

---

(1) Véase en los *Estudios jurídicos y políticos*, del Sr. Giner, el *Plan de elementos de Política general*, pág. 359: «*Actividad*, dice, *del Estado, en relación a sí propio, como fin de su actividad.*» *(La Administración del Estado.)*

Repito que este concepto de la Administración, como Administración del Estado, no es el corrientemente admitido. En Stein y en Meyer hay indicaciones que pueden tomarse como argumentos favorables a la buena orientación de aquel concepto; pero no lo formulan de suerte que la distinción supradicha quede a salvo y constituya la base de la sustantividad real y doctrinal del Derecho administrativo. Por mi parte, tomando la idea de la rapidísima indicación citada del Sr. Giner, ya en 1883, al ordenar mi *Programa de Derecho político y administrativo* (1), insistía en el punto de vista de la conservación del organismo del Estado para definir la Administración: concepto este sobre el cual he persistido constantemente en mi cátedra, desarrollándolo con cierto detenimiento en un primer *Ensayo de ordenación sistemática del Derecho administrativo* (2), y formulándolo, al fin, de un modo concreto en un trabajo publicado en la *Revue du Droit public*, de mi ilustre colega el Sr. Larnaude (3). Sólo después de esas preparaciones y trabajos me he decidido a tomar dicho concepto como base fundamental de una ordenación del Derecho administrativo.

*
* *

Escrito ya mi libro, y cuando corregía sus pruebas, llegó a mis manos el magnífico artículo de mi

(1) Publicado por la *Revista de Legislación*, un folleto.

(2) Publicado por la Casa editorial *La España Moderna*.

(3) *Revue du Droit public et de la Science politique*, tomo I, 1896, núm. 2 (París). El título del artículo es *La fonction administrative de l'Etat*.

queridísimo colega americano D. Valentín Letelier, titulado *La Administración pública,* inserto en la revista *La Administración* (1). De haberlo recibido antes, me hubiera aprovechado de sus argumentos incontrovertibles en pro del punto de vista general que el Sr. Letelier defiende, y que coincide no poco con el mío, para apoyar mi doctrina; pero repito que el trabajo llegó a mi poder tarde: sólo he podido citarle en las notas, en algún sitio que me ha parecido oportuno. Excuso decir con cuánta satisfacción habré leído en el artículo del insigne profesor chileno sus coincidencias con mi manera de ver y de formular el concepto de la Administración. Por lo demás, la coincidencia no es absoluta: lo es en cuanto a la orientación y, sobre todo, en cuanto al procedimiento de análisis realista de la actividad y funciones del Estado, para determinar la función administrativa; pero quizá no es tan absoluta en cuanto al carácter jurídico de ésta. «Esencialmente, la Administración no ejerce autoridad, dice el Sr. Letelier, y, de consiguiente, no es Poder.» Por mi parte, según puede verse en varios pasajes del libro, reconozco y afirmo el carácter de autoridad que la noción administrativa puede revestir, y recabo la condición de poder del Estado para la Administración.

De todas suertes, aunque no haya una conformidad absoluta entre el concepto de la Administración del Sr. Letelier y el que yo mantengo, la casi absoluta que existe me ha servido para mucho: me ha servido principalmente para que, leyendo el trabajo del

(1) En el cuaderno de agosto-septiembre de 1896.

sabio publicista, viera yo con más claridad que antes la fecundidad posible del punto de vista de la conservación del organismo político, como objeto de la función administrativa y como base de la sustantividad de ésta en el sistema de las funciones del Estado, merced a la distinción oportuna entre la *Constitución* y la *Administración* misma (1).

En mi concepto, este punto de vista puede tener consecuencias importantísimas, tanto en el respecto sociológico como en el jurídico, lo mismo en el doctrinal que en el práctico.

Insistiendo en el reconocimiento de una función de conservación del organismo del Estado, función que reclama una actividad propia, el Estado, que no produce por sí los medios necesarios para su conservación, se ofrece *nutriéndose* de la sustancia social, y depen-

---

(1) Advirtiendo el Sr. Letelier las coincidencias a que en el texto me refiero, dice en una nota de su artículo: «En aquel estudio (el mío de la *Revue* de M. Larnaude), el profesor de Oviedo expone sustancialmente la misma teoría que venimos desarrollando. Las coincidencias entre ambos trabajos son tantas y tan singulares, que no parece sino que uno de los autores hubiera tenido a la vista la obra del otro. Entretanto, es la verdad que el estudio del Sr. Posada, publicado en el número correspondiente a marzo y abril, sólo llegó a Chile en la segunda quincena de junio, cuando hacía dos meses que yo había remitido el mío a *La Administración*, de Madrid, y dos años que venía exponiendo esta teoría en mi cátedra. Señalo el hecho menos para defenderme contra la acusación de haberme apropiado doctrinas ajenas que para hacer notar una nueva coincidencia en las investigaciones científicas.» *(L. c.*, pág. 554.)

diente de la acción moral, educativa y económica de la sociedad misma: pudiera decirse que, por su Administración, el Estado *buza* en la sociedad en busca de lo necesario para constituír y sostener las síntesis jurídico-económicas, de personas y de bienes, con que se forman sus órganos. La *base sociológica* del Estado resulta así perfectamente clara; el sistema social de los servicios administrativos—que constituirá la segunda parte del TRATADO—implica dicha base sociológica de un modo inevitable.

Por otra parte, merced al concepto de la conservación como objeto de la función administrativa, la Administración del Estado se ofrece como una actividad personal para satisfacer necesidades, sin carácter privilegiado, que debe someterse, desde su origen, al criterio del concurso racional de los fines y, por ende, a las exigencias del Derecho. El acto administrativo, de gestión o de autoridad, debe ser acto jurídico siempre, y, como tal, no debe implicar una manifestación arbitraria de *Poder público*. Cuán lejos estamos de que esta idea del acto jurídico de la Administración del Estado se manifieste en la conducta de las magistraturas oficiales, no hay para qué decirlo. No ya en los países en donde el Estado más parece órgano de la arbitrariedad y de la injusticia que definidor y cumplidor del Derecho, sino en los mismos países en los cuales el Gobierno del Estado descansa, con una mayor normalidad, en ideas y opiniones simpáticas al imperio de la justicia en la vida, el acto de Poder, administrativo o gubernativo-político, se suele ver como acto de fuerza, de imposición arbitraria irresistible.

En el respecto doctrinal, puede ser fecundísimo el punto de vista que sustentamos, porque quizá mediante él se llegue a determinar un concepto bien *diferenciado* y *distinto* de la Administración y del Derecho administrativo, dando así una base para la sistematización más sólida y segura que la indefinida de la ingerencia social y la estrecha y vaga del Poder ejecutivo. En cuanto al valor práctico del repetido punto de vista, bastará decir que acaso mediante él se pueda dar un criterio para la distinción adecuada entre el elemento variable del Estado y el elemento técnico y rigurosamente jurídico y estable de la Administración.

IV

Pero el Prólogo va resultando más largo de lo que me proponía, y preciso es que termine; no lo haré sin antes advertir que estoy muy lejos de pensar que en el TRATADO se haya logrado sistematizar con la debida distinción el Derecho administrativo, manteniéndolo siempre en los límites doctrinales del concepto primordial de la Administración. La confusión de funciones y de éstas con los órganos propios es una nota característica de la estructura del Estado moderno, siendo ella un gran obstáculo para la sistematización adecuada del Derecho administrativo. Si el análisis teórico puede determinar con relativa facilidad el contenido propio y distinto de la función administrativa, la indicación de la estructura, circunstancial siempre, tiene que acomodarse a los hechos, los cuales no

ofrecen sino bajo una gran indeterminación las diversas direcciones de la actividad del Estado. ¿Cómo, en verdad, describir el organismo funcional de la Administración sin exponer el del Poder ejecutivo, si en el Estado constitucional muchas de las funciones administrativas se ejercen por aquél? ¿Cómo, por otra parte, explicar en los servicios administrativos la determinación del aspecto que corresponde a la conservación del organismo que cumple los fines del Estado, sin referirse, al propio tiempo, a la índole de la función política o social que impone la necesidad de dichos servicios?

A. Posada.

Oviedo 23 enero 1897.

ADVERTENCIA

(DE LA SEGUNDA EDICIÓN)

Agotada, hace años, la primera edición de este TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, varias veces he iniciado su revisión o, mejor, *refundición*, y otras tantas he tenido que dejar el propósito en intento, considerando la tarea superior ya a mis fuerzas. Aunque estimo que la doctrina general expuesta, y no pocos de los puntos de vista mantenidos en el TRATADO, no sólo no han tenido rectificación esencial, sino que doctrina y puntos de vista han sido reafirmados y ampliados en el proceso ulterior crítico y constructivo del Derecho administrativo, sin embargo, si hubiera de poner la nueva edición al compás de los tiempos, habría sido preciso rehacer casi por completo todos los capítulos del sistema. Una idea aproximada de lo que tendría que ser la necesaria refundición, puede formársela el lector que se tome la molestia de comparar el *Preliminar*, y la parte de la *Introducción* rehecha para esta edición, con los trabajos correspondientes de la primera. Sin que renuncie definitivamente a la reelaboración total del TRATADO, como no creo posible, en mucho tiempo, disponer del indispensable para acome-

ter tarea tan difícil, complicada y absorbente, me decido a recoger ahora en este volumen, con el *Preliminar*, y lo refundido de la *Introducción* (párrafos 1.°, 2.° y 3.° del capítulo I), los capítulos ligeramente rectificados de la misma, y, a continuación, varios estudios sobre temas y problemas del Derecho administrativo. Fueron estos últimos escritos para diversas publicaciones, la mayoría para la *Enciclopedia Jurídica* de Seix (Barcelona), utilizando, para redactarlos, los materiales poco a poco reunidos, y, en mi intención, destinados a la nueva edición del TRATADO.

A. POSADA.

Madrid 29 de diciembre de 1922.

PRELIMINAR

PRELIMINAR

EL SISTEMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Este TRATADO es un *ensayo* de ordenación y exposición *sistemáticas* del Derecho administrativo. Aspírase a considerar esta disciplina como una «rama del Derecho autónoma», según la feliz expresión de M. Hauriou (1): es decir, procurando *diferenciarla* en el conjunto de relaciones que constituyen el Derecho de un Estado, y en cuanto el Derecho recoge, desde su punto de vista formal, definidor y ordenador, la vida humana contenida en el Estado mismo. Tal diferenciación supone, claro es, que la realidad jurídica ofrece elementos, caracteres o notas específicos que distinguen el Derecho administrativo, de tal suerte, que será posible definirlo con la indispensable sustantividad—relieve jurídico—. La exigencia fundamental aquí consiste en que la expresión *Derecho administrativo* señale, en efecto, un orden específicamente determinable, en razón del objeto *propio* o *fina-*

(1) *Précis de Droit administratif*, 3.ª edic., 1914. Pref., p. VI.

lidad a que tal derecho se refiere, y de las condiciones, normas y actos que comprende. La labor de sistematización pide estas dos operaciones principales: 1.ª, la investigación y definición de las características del Derecho como Derecho *administrativo,* y 2.ª, la ordenación constructiva, según principios y exigencias lógicas, y objetivas de las *instituciones, relaciones*—fines y actos—y *normas* administrativas.

2. Entre las expresiones comúnmente empleadas para designar las diversas ramas o disciplinas jurídicas consagradas, la de *Derecho administrativo* es una de las que con más justificado apremio suscita el problema de la ordenación sistemática y de la construcción científica de las materias a que, con más o menos propiedad, se refiere: lo pide el jurista, tan a menudo desorientado ante la total indefinición de los conceptos fundamentales y generadores de esta disciplina; lo reclaman el estadista y el funcionario público, vacilantes ante la indeterminación de la técnica administrativa, y lo exigen el interés general y los intereses económicos—patrimoniales—y jurídicos de los ciudadanos, los cuales, en sus relaciones con el Poder, con las instituciones de carácter público y con los fines sociales, se sienten protegidos con más o menos eficacia, según que se ofrezcan o no claras y precisas las diversas actividades humanas comprendidas en el régimen total del Estado. El carácter excesivamente variable y, en todo caso, necesariamente circunstancial, de la «legislación» y de la «acción» llamadas administrativas (en las que se concretan las últimas y multiformes manifestaciones del querer del Estado), constituye un grave obstáculo, que dificulta, cuando no hace imposible, en esta rama del Derecho, la indispensable condensación de una tradición *juri-*

dica, y la elaboración de una *técnica* utilizable para la más segura ordenación de las relaciones administrativas en un régimen de garantías, y para la solución, *razonable y justa*, de las cuestiones y contiendas jurídico-administrativas. Y esto, unido a que en la esfera de vida de lo que es corriente considerar como *Administración pública*—campo de intereses en lucha, con incontables ocasiones para la explosión de todos los egoísmos y concupiscencias—, es donde con mayor fuerza se manifiesta e impera el influjo perturbador de la pasión política y de la corrupción de las costumbres gubernamentales, explica que por muchos se estime aún, que las leyes administrativas no son sino «expedientes ideados para salir del paso, dependientes del criterio o sistema personal del Gobierno, que en un momento dado triunfa, y, como él, mudables (1)». No es extraño que a veces se haya considerado el Derecho administrativo como el régimen de lo «arbitrario» (2).

---

(1) Meucci: *Instituzioni di Diritto ammin.*, pág. 8.

(2) Recuérdese la posición mantenida por el profesor Dicey cuando afirmaba, en su *Int. à l'étude du Droit const.*, trad. fr., 1902, que en Inglaterra no hay Derecho administrativo. Pero «esta sorprendente proposición, escribe oportunamente M. Jèze *(Principes généraux du Droit administratif*, pág. 1, nota, 1914), responde a la significación, muy estrecha, que el profesor Dicey da a la expresión *Droit administratif*». Bajo la fe de Tocqueville, el profesor Dicey ha creído, durante largo tiempo, que *Droit administratif* significaba *arbitraire administratif*, y esto dado, oponía complaciente «lo arbitrario», el «Derecho administrativo francés», al «reino de la ley» *(rule of law)*, en vigor en Inglaterra. Como M. Jèze dice muy bien, M. Dicey no cree ya sinónimos «arbitrario» y «Derecho administrati-

3. Esta condición de indeterminación y de inseguridad del Derecho administrativo, puede estimarse tan sólo como de valor histórico y nacional, y, por tanto, rectificable. Y de hecho, tal condición se rectifica en los diversos Estados, ya que en todos se viene realizando un esfuerzo, más o menos intenso, persistente y eficaz, para dar a esta rama del Derecho, con la materia propia y propios métodos, aquella fijeza relativa de conceptos, principios y normas, indispensable para construír un cuerpo de doctrina inspiradora y un orden jurídico sustantivo. Atraviesa el Derecho administrativo, en las legislaciones y en las doctrinas, por un período de excepcional interés en el respecto que ahora consideramos: período de transformación intensa y total, obra en todos los Estados de causas generales, aunque en cada uno la transformación y la construcción jurídica resultante, se produzcan con arreglo a tradiciones e ideales políticos

---

vo»; pero «ve lo esencial del Derecho administrativo en la situación particular de los agentes públicos, desde el punto de vista de la responsabilidad personal en que pueden incurrir por sus actos oficiales». (Idem, pág. 2, nota.) Aunque, en efecto, se elimine del concepto del Derecho administrativo el elemento de lo arbitrario, sin recurso en contra ni sanción, queda siempre el elemento de lo que se denomina lo «discrecional», que puede entenderse de muy varias maneras, y sobre todo el de lo indeterminado de las normas y el de la inseguridad, mayor o menor, de los preceptos formulados. Claro es, todo esto en grado muy distinto de intensidad, según los diversos Estados. Véase Laferrière: *Traité de la Jurisdiction administrative et des Recours contentieux,* tomo I, Prefacio, página VII, 1887.

propios y distintos, y bajo el influjo de doctrinas interpretativas de valor filosófico muy diferente (1).

---

(1) Desde la publicación de la primera edición de este TRATADO, 1897, los términos del problema de la sistematización del Derecho administrativo han cambiado radicalmente; por eso nuestra posición crítica es hoy distinta con relación al problema en general, y ante la labor realizada por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de los países que han logrado orientar el espíritu colectivo—político—en el sentido de atender a la satisfacción de las exigencias *jurídicas*, implícitas en las operaciones todas en que prácticamente se condensa la actividad del Estado, enderezada, ya sea a procurar el *medio idóneo* con que éste, el Estado, ha de realizar sus fines: *formación, conservación y perfeccionamiento de las instituciones con que el Estado cumple dichos fines*, como decíamos entonces, ya sea a cumplirlos —mediante la prestación del servicio público—, idea esencial complementaria. Todo lo cual se debe interpretar como una manifestación especial del movimiento más general del constitucionalismo moderno, en sus esfuerzos para recoger en el Derecho todas las actividades del Estado. Cuando en 1897 emprendimos la obra (¡bien temeraria!) de sistematizar el Derecho administrativo, toda la materia utilizable ofrecíase menos consistente, más indeterminada, no ya entre nosotros —que no hemos progresado gran cosa después—, sino en Alemania, Italia, Inglaterra, Estados Unidos y Francia, donde los progresos ulteriores han sido grandes, especialmente en Francia, maestra en este dificilísimo arte de tejer primorosamente una trama jurídica, verdadera red protectora contra la arbitrariedad, el abuso y hasta el atolondramiento del poder público. De un modo general, y como consecuencia de un amplio movimiento de avance, que con dificultad percibimos en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, señálanse en la elaboración del Derecho administrativo estas interesantes indicaciones: 1,

Lo cual no quiere decir que hayan desaparecido las dificultades de la sistematización del Derecho ad-

---

intensificación del esfuerzo doctrinal y jurisprudencial encaminado a definir el objeto o materia (¿el *servicio público?*) y los caracteres del Derecho administrativo; 2, acentuación del *aspecto jurídico* de las relaciones y de los actos administrativos; 3, elaboración de la *técnica* propia de esta rama jurídica. Véase Hauriou: Ob. cit., comp. sus diversas ediciones. Duguit: *Droit cont.*, I, §§ 42 a 54, 1911, y *Las Transformaciones del Derecho público*, edic. fr., 1913; edición esp., 1917. Jèze: Ob. cit. Berthélemy: *Traité élémentaire de Droit administratif*, 8.ª edic., 1916. Moreau: *Manuel de Droit administratif*, 1909. Meucci: Ob. cit., edic. de 1905. Orlando: *Principii di Diritto amministrativo*, edic. de 1910; y el mismo, con otros juristas italianos, el *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, 1897-1915. Brunialti: *Il Diritto amministrativo italiano e comparatto nella scienza e nelle instituzioni*, 2 vol., 1912-1914. Presutti: *Scienza dell'amministrazione*, 1910. Santi Romano: *Principii di Diritto amministrativo italiano*, 1910. Ranelletti: *Principii di Diritto amministrativo*, vol. I, 1912. O. Mayer: *Le Droit administratif allemand*, edic. fr., 1903-1906. *Theorie des französischen Verwaltungsrecht*. E. Meier: *Das Verwaltungsrecht* en la *Encik., der Rechtsw.* de Holtzendorff y Kohler, 2.ª edic., 1904, vol. II. Fleiner: *Inst. des deutschen Verwaltungsrecht*, 3.ª edic., 1913. Radbruch: *Verwaltungsrecht* en la *Einfürung in die Rechtswissenschaft*, páginas 105-164, 2.ª edic., 1913. Ulbrich: *Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrecht*, 1903-1904. Hatscheck: *Englisches Verwaltungsrecht* en la *Bib. ital.* de Brunialth, 3.ª serie. Redlich: *Le gouvernement local en Angleterre*, 2 vols., edic. fr., 1910-1911. Goonow: *Derecho administrativo comparado*, 2 vols., edic. esp. *Les principes du Droit administratif des Etats Unis*, edic. fr., 1907. *Politics and Administration*, 1900. Viveiros de Castro: *Tratado de Sciencia de Administração e*

ministrativo; ni han desaparecido ni han disminuído: más bien podría sostenerse que han aumentado, debido a que, gracias a la labor de determinación y de intensificación de los conceptos generadores de la doctrina y de una técnica (1), y a la creciente exten-

---

Direito administrativo, Río Janeiro, 1906. C. M. de Pena: *Programa de Derecho administrativo*, Montevideo, 1904. Quirós y Emiliani: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1902. J. E. Malarino: *Trat. de Der. administrativo*, Buenos Aires, 1916, 2 vols., y los *Tratados de Derecho administrativo español*, de Santamaría, edic. de 1914; Royo Villanova, edic. de 1915; Cuesta y Martín, edic. de 1914, y Güenechea, edic. 1914-15, cuyos resúmenes pueden verse en el *Programa y Guía para el estudio del Derecho administrativo*, de Gascón y Marín, quien publica ahora su excelente y documentado *Tratado elemental de Derecho administrativo* (1922). Debe mencionarse especialmente, como un nuevo esfuerzo de sistematización, el *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración* (Tomo I, 1921) del profesor Fernández de Velasco. Véase Gil Robles: *Guía para el estudio del Derecho administrativo*, 1899.

(1) En el Derecho administrativo de los pueblos que han logrado introducir el espíritu jurídico en la Administración pública, o sea que han convertido en *jurídica* la actividad del Estado que se desarrolla como administración, y que, además, han conseguido formar una tradición inspiradora en la práctica del régimen administrativo, se definen poco a poco ciertos conceptos y expresiones, que revelan la marcha eficaz del necesario proceso de consolidación de esta rama del Derecho; v. gr.: actividad del Estado —Administración—; actos administrativos; funciones—poder—discrecionales, no arbitrarias precisamente; facultades o funciones regladas —actos de gobierno; actos de gestión; servicios públicos: concesión administrativa; representantes y funcionarios;

sión de la actividad del Estado, es más rico el campo de las relaciones jurídicas que han de recogerse en el sistema, y más complicada y compleja la urdidumbre con que éste se confeccione. El supuesto que, en todo caso, justifica el intento de la sistematización del Derecho administrativo en el Estado, es la existencia de un orden o aspecto en la vida de éste, que se define como una realidad distinta—administrativa—y que ofrece materia propia susceptible de regulación jurídica. El empleo, en el lenguaje de las ciencias jurídicas y en la práctica del Derecho, de la expresión *Derecho administrativo*, revela, sin más, que, en efecto, existe algo — un Derecho —, o sea un orden de relaciones, un mundo de normas jurídicas caracterizables, material o formalmente como administrativas. Cómo se distingue o se define ese *orden*, cuáles son o cómo se caracterizan esas *normas*, de qué manera se recoge el contenido de la actividad del Estado por el Derecho administrativo, qué valor y alcance tiene esta expresión en el Estado moderno y en los distintos Estados de tipo moderno, constitucionales—civilizados—, y cómo se ha producido, y hasta dónde, la diferenciación de las *relaciones jurídicas* para crear una rama distinta; he ahí, entre otros, los problemas que deben resolverse en un ensayo de sistematización (1).

---

empleados —; vía gubernativa; vía contenciosa — recursos garantías); responsabilidad administrativa, etc., etc.

(1) Cons. Jèze, ob. cit. esp., Introducción: la iniciación de esta construcción jurídica entraña el supuesto a que en el texto nos referimos, a saber: que el Derecho administrativo existe en todo Estado en el que haya una orden de realidad

4. La sistematización del Derecho administrativo supone una labor de investigación y exposición de su contenido, realizada según las exigencias de la ordenación científica; se trata, en efecto, de definir los límites propios de una disciplina, y de distribuir y relacionar sus materias, en lo posible, con arreglo a la ley del objeto que justifica la existencia de la disciplina misma (1). La sistematización del Derecho administrativo es, pues, ante todo, una cuestión de método, el cual se define más y más a medida que se aclara y concreta el propósito que en la sistematización se persigue. No es lo mismo sistematizar un derecho administrativo actual de un Estado, como

---

administrativa, que para Jèze se resume en los servicios públicos. «Todo país civilizado—dice—tiene servicios públicos, y para el funcionamiento regular de éstos existen, necesariamente, reglas especiales. Se puede, pues, afirmar que en todo país que ha llegado a la noción del servicio público, tal como la determinaremos, es decir, en todo país civilizado, hay un Derecho administrativo»; pág. 1, Comp. Hauriou, ob. cit. lib. I. O. Mayer, ob. cit., I. Intr.

(1) La sistematización como *ordenación — sistemática — de la materia*, es una de las operaciones de simplificación teórica intelectual de la técnica; pero téngase en cuenta que «una clasificación sistemática no es una distribución puramente local de la masa de nociones contenidas en una ciencia, ni un simple encasillado determinado por motivos de oportunidad; indica, por el contrario, en forma de cuadro, lo que cada objeto y cada noción es y cómo se relaciona con todo el organismo de conjunto de la ciencia; es el árbol genealógico de las nociones». Véase Ihering. *Espíritu del Derecho romano*, 3.ª ed. fr., vol. III, pág. 23. V. luego en la Introducción.

han intentado, verbigracia, Jèze (1), respecto del francés; Mayer (2), respecto del alemán; Goodnow (3), respecto del norteamericano, o Santamaría (4), respecto del español, que colocarse en un punto de vista más general, ya sea para recoger las doctrinas que se van elaborando, como hacen Brunialti (5) u Orlando (6) o Ranelletti (7), o para definir o determinar comparativamente los «métodos de organización administrativa adoptados en los países cuyos derechos se consideran y los medios de hacer que su organización se ciña a su obra...», como hace Goodnow (8). Por otra parte, la construcción no será la misma, si se acepta el punto de vista jurídico, estricto, formal, lógico —realismo jurídico—, sin atender al contenido circunstancial de las relaciones administrativas—materias—, como ocu-

(1) Ob. cit.

(2) Ob. cit.

(3) *Princ.* cit.

(4) *Curso de Derecho administrativo*, ed. de 1914.

(5) Ob. cit.

(6) *Trattato* cit. V. especialmente las monografías que contituyen la introducción. Esto aparte de que en otras monografías se recogen nociones, indicaciones y antecedentes de carácter general con relación a las instituciones constituidas en los principales pueblos y a las doctrinas elaboradas en los respectivos Derechos administrativos. Cons., por ejemplo, las monografías de Santi Romano, *La teoria dei Diritti pubblici subjettivi;* de Giriodi, *I Pubblici Ufficii e la Gerarchia administrativa;* de Porrini, *I Ministeri*, etcétera, etc.

(7) Ob. cit.

(8) *Derecho administrativo comparado.* (Análisis de los sistemas administrativos de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Alemania); dos vol., ed. esp. sin fecha. El Tratado de Brunialti es también «comparado».

rre en los trabajos de Jèze (1) y de Mayer (2), que si se estima que la determinación de las normas jurídicas generales, que constituyen el lado formal y estructural de un régimen administrativo, exige el conocimiento de todos los elementos de contenido institucional y objetivos del *servicio público,* criterio desarrollado en las obras de Gneist (3), Berthélemy (4), Presutti (5), Brunialti (6), Orlando (7), etc., y, en general,

---

(1) El punto de vista de Jèze se resume en estas dos indicaciones: «El Derecho de un país—dice—es el conjunto de reglas—júzgueselas buenas o malas, útiles o nefastas—que, en un momento dado, en un país dado, se aplican *efectivamente* por los prácticos y por los Tribunales.» (Ob. cit., Pref., p. III.) «Una obra de Derecho debe contener la exposición de las reglas que el legislador, la opinión pública de los juristas y, en especial, la opinión de los Tribunales, declaran en un país dado, en un momento dado, que son justas y útiles.» (Id., p. IV.) «He intentado, mediante un método *estrictamente realista*, extraer los principios generales que en la actualidad dominan el Derecho público y administrativo francés» (Id., p. IIIX.)

(2) «En este libro—dice—he rechazado el sistema tradicional que se colocaba exclusivamente en el punto de vista de la ciencia administrativa y de la economía política. He intentado seguir un sistema puramente jurídico, poco más o menos, como ha hecho Laban con el Derecho público alemán.» (Ob. cit., trad. fr., I, prol. p. XIV.) Cons. las obras de Orlando, *Principii*, etc.; Meucci, ob. cit.; Moreau, ob. cit. Comp. con el *Précis* de Hauriou.

(3) *L'Amministrazione e il Diritto amministrativo inglese* (en la Bib. Brunialti, 1906).

(4) Ob. cit.

(5) Ob. cit.

(6) Ob. cit.

(7) *Trattato.*

en los tratados de Derecho administrativo español (1). La determinación del propósito en toda sistematización es una exigencia general del rigor científico, y, en nuestro caso, además, resulta impuesta por la situación actual de la disciplina. Imposible, en efecto, tomar las indicaciones de la bibliografía especial de la misma, como base de criterio para una orientación adecuada. Gracias al influjo del distinto punto de vista que, según queda dicho, impera en los diferentes sistemas elaborados por los cultivadores de esta rama jurídica—de contenido tan vario y tan sometida a las exigencias circunstanciales de la Política — los cuadros en que se desarrolla el criterio generador de los sistemas, revelan una gran diversidad, no sólo de propósitos, sino de concepciones iniciales y fundamentales. Así, ha podido decir Orlando que «si quien cultiva el Derecho administrativo emprende el examen de dos obras que en la portada digan que tratan de Derecho administrativo, encontrará en ellas dife-

---

(1) Es la tradición de la disciplina en España, lo mismo en la concepción legal que entre los publicistas y en la enseñanza universitaria. Desde los *Elementos de Derecho administrativo*, de Ortiz de Zúñiga (Granada, 1842), tan interesantes, hasta los tratados más recientes, como los *Elementos de Derecho administrativo* del Sr. Royo Villanova (cuarta ed., 1913). Véase también el *Programa* cit. del Sr. Gascón y Marín. Análogo criterio reina entre los cultivadores de la ciencia en los pueblos hispanoamericanos. Consúltese. por ejemplo, Quirós y Emiliani, *Derecho administrativo* (adaptado al programa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1902) y el *Programa de Derecho administrativo* de Carlos M. de Pena (Montevideo, 1904). Es el punto de vista de M. Letelier, profesor que fué de Derecho administrativo en la Universidad de Chile.

rencias tan profundas, que, al pasar de una a otra, con razón podrá creer que ha cambiado de ciencia. Y estas diferencias no sólo existen cuando se comparan los sistemas de las varias literaturas nacionales, sino que se descubren profundas entre los autores pertenecientes a la misma literatura» (1).

5. En la primera edición de este *Tratado* se señaba ya esta diversidad de criterios a que Orlando se refiere, y la desorientación que resulta como consecuencia de tal diversidad; insistíase, sobre todo, en las dificultades provinientes de la falta de una diferenciación científica adecuada entre el *Derecho administrativo* y la *ciencia de la Administración* y de la indeterminación del criterio inicial para señalar la esfera y el contenido sistemático de aquél. Unos, como Orlando (2), en Italia; Meyer (3), en Alemania, y Good-

---

(1) *Primo Tratt. I Il sistema del Dir. ammin.*, p. 52. «Así, por ejemplo—añade—, la materia municipal y provincial, que forma una de las secciones más importantes en los tratados de Derecho administrativo italiano, se considera sólo de una manera rápida en las *Instituciones* de Meucci, quien, a su vez, trata detenidamente de la propiedad pública, del impuesto, materias que en otros tratados se olvidan casi por entero. El *Lehrbuch*, de Loening, dedica todo el primer libro a las dependencias públicas, a las circunscripciones territoriales, al estatuto de los empleados, asuntos a los cuales se destinan breves palabras en el de Meyer, quien, a su vez, dedica un volumen entero a la administración de los asuntos extranjeros, financieros y militares, materias de que Loening no habla.

(2) *Principii*, cit., comp. con el plan desarrollado en el *Primo Tratt.*

(3) G. Meyer: *Das Verwaltungsrecht*, en la *Enc. des Rechtsw.*, de Holtzendorff, páginas 1081-1116.

now (1), en los Estados Unidos, excluyen, aunque no en idéntica forma, de sus tratados de Derecho administrativo, lo que suele llamarse entre nosotros *materias administrativas:* medios, servicios administrativos, y relaciones del Estado con los grandes intereses colectivos. Entre los italianos, la tendencia a distinguir como dos disciplinas sustantivas, con objetos diferentes, el *Derecho administrativo* y la *ciencia de la Administración*, explica muy bien y lógicamente esa manera de proceder. El Derecho administrativo, *ciencia jurídica*, excluye, según Orlando, el contenido *social* de la Administración. No responde a otro criterio el sistema de Goodnow. La diferencia entre el contenido del Derecho administrativo y el de la ciencia de la Administración, con arreglo a esta tendencia en general, puede verse comparando, v. gr., los dos Tratados (2) publicados en la Biblioteca Barberá italiana,

---

(1) *Der. adm.*, comp.

(2) He aquí el índice del libro de Orlando: Lib. I. La ciencia (una especie de introducción sobre los conceptos fundamentales, muy interesante).—Lib. II. Organización administrativa: oficinas centrales.—Lib. III. Organización administrativa: teoría de las relaciones entre los empleados y el Estado.—Lib. IV. Administración local.—Lib. V. La actividad de la Administración: actividad jurídica (especialmente los poderes de policía; expropiación forzosa).—Lib. VI. Actividad social (lado jurídico y formas).—Lib. VII. Defensa jurisdiccional contra la acción administrativa.—Lib. VIII. Obligaciones del Estado—responsabilidad del Estado—, contratos, etc. He aquí ahora el contenido del libro de Wauttrain-Cavagnari *(Elementi di scienze, dell'amministraziane):* Definición de la ciencia como distinta del Derecho administrativo, de la Política, de la Hacienda, del Ejército, de la Jerarquía civil y de la Policía - la acción social del Estado, me-

debido el uno a Orlando y el otro a Wautrain-Cavaguari.

---

dios —. El objeto estricto de ciencia de la Administración comprende tres partes: 1.ª Administración económica: acción del Estado en la *economía social*: 2.ª Administración interior: población, sanidad pública, beneficencia, y 3.ª Administración de la cultura pública, acción del Estado en la educación del pueblo, instrucción pública.

Esta diferenciación se ha seguido manteniendo en la bibliografía italiana. Compárese ahora los dos libros de Santi Romano, *Principii* cit., y de Presutti, *Scienze dell'Am.* Pero la diferenciación tiene otro alcance. En efecto, Santi Romano recoge en su sistema no sólo las teorías generales jurídicas y la organización: 1. Teoría general de las relaciones de Derecho administrativo; 2. Teoría de la organización administrativa, y 3. Teoría de la protección jurídica frente a las Administraciones públicas, sino la actividad administrativa desde el punto de vista de las relaciones jurídicas. En su virtud, desarrolla el autor varias teorías, que implican exposición de servicios públicos, a saber: en la teoría de las limitaciones administrativas a la actividad privada, se habla de la policía de seguridad, sanitaria, de las costumbres, rural, industrial, obreros, caza, pesca, minas, comercial, de emigración, de las actividades reservadas a las entidades públicas (monopolio, etc.); en la teoría de las prestaciones a las entidades administrativas, de las prestaciones y servicios obligatorios (servicio militar, ejercicio de cierras funciones públicas, impuestos, tributos, etc.); en la teoría de las prestaciones de las entidades administrativas, de la asistencia pública, de la enseñanza, del servicio postal y telegráfico, de los ferrocarriles, sanidad, crédito, previsión, etc.; en la teoría de la propiedad pública, de las cosas y de la propiedad pública: sujetos, origen, contenido, modificaciones de la misma, vías públicas, dominio marítimo, aguas, dominio militar, etc.; en la teoría del régimen administrativo de la propiedad priva-

En cambio, otros muchos autores, como De Geran-

da, de las limitationes de ésta, de las servidumbres de derecho público, de otros derechos reales públicos, de la expropiación de los derechos privados de la colectividad, y en la teoría de las relaciones de Derecho privado de las entidades públicas, de los bienes privados de éstas, de sus obligaciones (contratos y actos administrativos, arrendamientos, préstamos, etc , responsabilidad civil). Por su parte, Presutti concibe la ciencia de la Administración como ciencia de las «cosas en que es necesaria la intervención de la Administración pública para el cumplimiento de los fines que la política asigna al Estado, y de las modalidades de dicha intervención, a fin de obtener el máximo efecto útil con el mínimo esfuerzo», lo cual supone el predominio del aspecto económico en la concepción. En el plan desarrollado, además de la introducción (objeto, definiciones y método), se comprende una parte general que contiene la doctrina de la intervención de la Administración pública (servicios administrativos), de los medios para atender a los servicios, de la gestión administrativa, y de la fiscalización, y una parte especial, en la que se trata de estas materias: población, territorio, tutela de los derechos e intereses del Estado frente a otros Estados, mantenimiento del orden jurídico, seguridad pública, incolumidad pública, sanidad, vida intelectual del pueblo, vida económica, comunicaciones, producción, protección a los débiles, pauperismo.

Podría estimarse que la diferenciación entre Derecho administrativo y ciencia de la Administración propende a ser más de aspecto cualitativo (lo *jurídico* frente al *contenido* del *servicio* dado por la economía, la política, la *necesidad* pública—sociología en definitiva—) que de materias, y así cabe que, por ejemplo, el ejército, la enseñanza, la hacienda, la sanidad, sean objeto de estudio en la ciencia de la Administración y materia de servicios administrativos *jurídicamente* ordenados o servidos (objeto de un Derecho administrativo).

do (1), Macarel (2), Pradier Fodère (3), Batbie (4), Ducrocq (5), en Francia; Romagnosi (6), Manna (7), Persico (8), De Gioannis (9), Loris (10), en Italia; Loening (11), Meyer (12), Stein (13) y su escuela, en Ale-

---

(1) *Institutes de Droit administratif.*

(2) *Cours d'Administration et Droit administratif* (1844).

(3) *Précis de Droit administratif.*

(4) *Traite théorique et pratique de Droit public et administratif* (1862).

(5) *Cours de Droit administratif* (1881).

(6) *Principii fondamentali di Diritto amministrativo* (1814).

(7) *Corso di Diritto amministrativo* (1839) y *Partizioni teoritiche del Diritto amministrativo.*

(8) *Principii di Diritto amministrativo* (1882).

(9) *Corso di Diritto pubblico amministrativo* (1881).

(10) *Diritto amministrativo* (1881).

(11) *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrecht* (1884).

(12) *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrecht* (1885).

(13) El libro de Stein no es propiamente de *Derecho administrativo*, sino de ciencia de la Administración *(Handbuch der Verwaltungslehre*, tres tomos; la obra más amplia, ocho tomos, titúlase *Verwaltungslehre);* pero no importa. La concepción de Stein refiérese a toda la actividad del Estado, y su sistema comprende en la *doctrina* o *teoría de la administración* todo lo que los más amplios tratados del Derecho administrativo abarcan y algo más. Baste decir que las materias contenidas en los dos libros, cuyos índices hemos resumido antes, de Orlando y de Wautrain-Cavagnari, aun no abarcan todo cuanto Stein comprende en sus obras. Falta en aquéllos el régimen financiero del Estado, la ciencia del ejército y la vida de la autonomía en el amplio sentido con que se considera por Stein.

mania; Letelier (1), Pena (2), Amunátegui (3), en la América latina, y Colmeiro (4), Santa María (5) y casi todos los tratadistas de esta ciencia, entre nosotros, abarcan con la organización las materias o el contenido de la actividad administrativa del Estado.

Aun entre los tratadistas de la misma tendencia, por ejemplo, entre Meucci y Orlando, o entre éstos y Goodnow, o bien entre los públicistas de la escuela francesa, desde De Gerando a Hauriou, y la italiana, desde Romagnosi a Loris, el desacuerdo, respecto del contenido sistemático del Derecho administrativo, es grande. No sólo se refiere este desacuerdo a la ordenación del contenido, sino a la inclusión dentro del sistema de estas o aquellas materias. Para Orlando, el Derecho administrativo comprende: 1.°, organización

---

(1) *De la enseñanza del Derecho administrativo* (un folleto).

(2) Véase Letelier, obra citada, pág. 21, de Pena. *Apuntes para un curso de Derecho administrativo* (1891). Consúltese, además, el tratado citado de los publicistas argentinos Quirós y Emiliani.

(3) *Administración política y Derecho administrativo* (1894).

(4) *Derecho administrativo español* (1876). Debe consultarse los *Elementos* ya citados de Ortiz de Zúñiga, quien sostenía ya el criterio que habría de persistir como concepción española.

(5) *Curso de Derecho administrativo, según los principios generales y la legislación actual de España* (1894). Análoga extensión da el Sr. Royo en su *Programa* (1896) al Derecho administrativo. Véase posteriormente los *Elementos* del Sr. Royo y el *Programa* y *Tratado* antes citados del Sr. Gascón y Marín.

de la Administración (central—relaciones entre los empleados y el Estado—Administración local); 2.º, actividad *jurídica* y *social* de la Administración; 3.º, la defensa jurisdiccional, y 4.º, obligaciones del Estado (1). Goodnow reduce su investigación a un análisis de los sistemas de administración nacional y local, desde el punto de vista de la estructura del Estado y con relación a la conducta jurídica de las autoridades. Análogo es el tratado de Meyer en la *Enciclopedia* de Holtzendorff. Como se ve, ninguno de estos autores coincide en sus líneas más generales. Si nos fijamos en los representantes de la escuela que extiende la

(1) Compárese esta división del Derecho administrativo con la distribución sistemática que el autor expone en su monografía de la *Introducción al Primo Trattato* cit., y en la cual, manteniéndose el concepto generador o «idea central» de la «actividad del Estado», se determinan: 1.º, los medios generales (Ejército y Hacienda); 2.º, la administración de los asuntos internacionales; 3.º, la de la Justicia, y 4.º, la *interior* (en sentido estricto, *sin* la justicia), la cual se desdobla como *actividad jurídica* (organización administrativa: dependencias públicas, división administrativa, empleados públicos. — Policía y expropiación, defensa de los ciudadanos frente a los actos administrativos: leyes y reglamentos, defensa jurisdiccional, justicia administrativa, y como actividad social, lo cual entraña tres capitales ingerencias: 1.ª, en las relaciones físicas (población, emigración, sanidad); 2.ª, en las económicas (producción: agricultura, caza y pesca, bosques, minas, industrias, obreros); circulación: vías ordinarias, navegación, ferrocarriles, correos y telégrafos, créditos y Bancos, pesas y medidas, distribución de las riquezas, asistencia pública, obras pías; 3.ª, en las intelectuales (instrucción). Véase ob. cit., páginas 104-105.

esfera del Derecho administrativo hasta comprender todo el sistema de los servicios administrativos, el acuerdo no es tampoco completo. De un lado, tenemos la enciclopédica concepción de Stein, comprensiva de toda la acción del Estado, que luego se diversifica según las múltiples direcciones de la actividad; de otro tenemos muchos tratadistas, que no llegan a dar una tan amplia esfera a la acción administrativa, pues para ellos el Derecho administrativo es un Derecho público interno; y entre éstos, unos, como muchos de los franceses, algunos italianos (De Gioannis y Persico), algunos americanos (Letelier y Pena) y los españoles, abarcan en el Derecho administrativo la organización de las funciones y el sistema general de los servicios públicos, mientras otros sólo abarcan algunos de éstos.

Como más arriba queda indicado, persiste el desacuerdo entre los sistemas o planes más o menos sistemáticamente elaborados del Derecho administrativo; pero, indudablemente, se determinan y precisan las razones del mismo: de un lado, influye el concepto que se forme o se suponga (es necesariamente inicial) de la Administración pública, concepto que depende, en buena parte, del punto de vista en que se coloque el investigador al determinarlo y de las condiciones históricas del proceso político de la Administración, tan diversas en los diferentes Estados. De otro lado, influye el grado de elaboración *jurídica* alcanzado por el *régimen* administrativo en el Estado o Estados que se tomen como tipos o sujetos del Derecho administrativo, que se quiere reducir a sistema. Un régimen de Derecho—para la constitución, como para la administración, en lo político interno como en lo internacional...—supone o exige la presencia y acción

de un espíritu jurídico colectivo, y este espíritu, una conciencia jurídica en cierto grado de formación; en el caso presente, del Estado en su base social y en sus magistraturas, y, además, exige y supone la construcción de un orden establecido y flexible con sus relaciones determinables, sus instituciones, sus métodos, sus normas, sus soluciones jurídicas, su lógica—su *técnica*, en suma—y sus *técnicos* hábiles, e intérpretes avisados de los movimientos y transformaciones de la vida—; y en la medida en que ese régimen resulte elaborado como régimen administrativo de un Estado, se podrá atender en la sistematización, más especialmente, a lo formal o jurídico estricto—lo construído—, insistiendo en lo que propiamente constituye el lado jurídico general de esta actividad, a saber: las *normas*, las *situaciones o condiciones legales*, creadas o afirmadas por las *normas;* las *disposiciones* y los *actos* en que se concreta la actividad administrativa; las *relaciones* que se generan, los *sujetos* de esas relaciones, los *derechos* y *deberes* que entrañan las relaciones, los *intereses* que se ponen en juego—cosas, servicios, aspiraciones, necesidades, exigencias, etc.—y el *conjunto de garantías* que ofrece el régimen, con el *modo jurídico* de hacerlas efectivas—defensa jurisdiccional, recursos legales, etc.

6. Viniendo ahora a la determinación concreta del propósito que se persigue en la sistematización del Derecho administrativo, diremos que se trata: 1.°, de reducir a unidad de concepto, mediante la determinación adecuada y la definición del objeto propio del Derecho administrativo, las manifestaciones de actividad, las instituciones, las relaciones, en general, los fenómenos considerados como *administrativos*, y recogidos como materia o contenido de una expresión o

rama jurídica. Importa, en efecto, ante todo, caracterizar, si es posible, mediante notas comunes y diferenciales, qué género de actividad se debe reputar administrativa, para distinguir en el organismo general y total del Derecho el llamado *administrativo;* 2.°, de distribuír ordenadamente, según las exigencias objetivas del contenido, las materias y manifestaciones que constituyen el cuerpo del Derecho administrativo, tanto en su estructura como conjunto de instituciones, y en cuanto aquéllas se exteriorizan mediante una organización en el Estado, como en las actividades que justifican el impulso de dicha organización. El problema de la sistematización entraña dos operaciones fundamentales: la una, de *definición del Derecho administrativo,* como Derecho en general y como *un* Derecho especializado y distinto, con su causa o justificación objetiva y con su materia y su técnica propias; y la otra, de *diferenciación interior*, dentro de la superior unidad del concepto, de los diversos actos, relaciones, situaciones, medios y normas de acción —estructura y funciones—que integran el régimen jurídico-administrativo, y de las manifestaciones de la actividad administrativa, distintas en razón del fin especial que mediante cada una de ellas se persigue, y que, orgánicamente estructuradas, constituyen el conjunto de *servicios públicos* — síntesis, en cada caso, de funciones y órganos—de los diversos Estados.

La determinación del propósito de este ensayo exige todavía otra indicación esencial, relativa al punto de vista que ha de dominar en todas las indagaciones que el sistema supone, y que tendrá que reflejarse en los resultados del mismo. Un Derecho administrativo, como cualquier otra rama jurídica autónoma, puede

elaborarse o sobre la base de principios generales puros, interpretación racional de realidades dadas, y según ideas, o bien tomando como inspiración y norma esencial, y como materia, la labor concreta, positiva, revelada y condensada en las prácticas, jurisprudencia, doctrina legal y legislación de un Estado—realismo jurídico estricto, que diría Jèze (1) —. Pero entre ambas posiciones o actitudes metódicas, caben todavía otras, especialmente estas dos: la de una consideración comparativa del Derecho administrativo elaborado por distintos pueblos, según puede verse en el *Derecho administrativo comparado* de Goodnow, y la posición crítica de inspiración doctrinal, que utiliza constantemente las nociones jurídicas generales, recogidas en las teorías, para aclarar, explicar, censurar, corregir la formación del Derecho positivo, y promover, mediante operaciones de interpretación, la elaboración del mismo como un Derecho propio, eficaz y regulador de un Estado. Esta posición es, después de todo, la más general, aun entre los autores que procuran sistematizar un Derecho positivo nacional (2).

En este ensayo se mantendrá el punto de vista crítico de inspiración doctrinal, y a la vez constructi-

---

(1) Obra citada. Concepción esta de Jèze, que no debe confundirse con la del Derecho administrativo como un mero conjunto de leyes o de disposiciones legales.

(2) Véase la obra de Hauriou *(Précis,* 8.ª ed. pról.) Comp. Santi Romano, ob. cit., Berthélemy, ob. cit., y el mismo Otto Mayer, ob. cit. Véase entre nosotros las obras de Santamaría, Royo, Gascón y Marín y Fernández de Velasco.

vo (1); único, por lo demás que puede ser eficaz y fecundo, dada la situación actual de nuestro Derecho administrativo positivo, falto de una tradición jurídica rigurosa y de una jurisprudencia basada esencialmente en puras consideraciones jurídicas.

---

(1) Es el mantenido en la primera edición de este TRATADO.

INTRODUCCIÓN

AL

DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 1. *Idea general del Derecho administrativo.*

1. La adecuada determinación del concepto del *Derecho administrativo* supone un interesante proceso lógico, que no suele desarrollarse con el debido detenimiento, distinguiendo sus momentos principales (1). Para determinar el concepto del Derecho ad-

---

(1) Puede verse en la primera edición de este TRATADO (1897, tomo I) un ensayo de determinación del concepto de esta rama jurídica a partir de la noción del derecho referido a las actividades y relaciones administrativas; pero el desarrollo ulterior del proceso carece de rigor lógico: todo él debe, a mi juicio, rectificarse o completarse; eso se intenta ahora. Compárese nuestro punto de vista, especialmente con el mantenido por M. Hauriou, *Précis de Droit administratif* (8.ª edic. de 1914; lib. I, §§ 1 y 2) y Jèze, *Les principes généraux du Droit administratif*, lib. I, cap. I (1914): que desde luego afrontan la determinación del Derecho administrativo como rama autónoma constituída de un derecho positivo. Véase también S. Romano, *Principii di Diritto amministrativo italiano*, intr. (1912); Goodnow, *Les principes de Droit administratif des Etats Unis*, lib. I, cap. I. (1907). Comp. Santamaría de Paredes, *Curso de Derecho administrativo* (edición 1914), quien desarrolla una interesante investigación para determinar y definir el Derecho administrativo; quizá no puede, sin embargo, afirmarse, como hace

ministrativo, conviene, en efecto, considerar esta expresión en sus diversos significados o valores, consistiendo el proceso lógico en colocarlos y relacionarlos de modo que el encadenamiento calculado de los mismos nos lleve a la definición que debe servir de generador del sistema de esta rama jurídica. El criterio del encadenamiento lo ofrece espontáneamente la marcha normal del discurso, en cuanto es natural que éste se inicie por la consideración de las acepciones más sencillas, corrientes o directas de la expresión *Derecho administrativo*, y continúe mediante las operaciones intensificadoras del análisis crítico, descubriendo la significación y valor de los diversos elementos sintetizados en la idea de un Derecho administrativo.

Reducidos a términos concretos los significados o valores de la expresión Derecho administrativo, el proceso lógico de la determinación de su concepto puede quizá condensarse en estos momentos principales: 1.º Consideración del Derecho administrativo

---

el sabio maestro, que «la mayor parte de los autores no definen el Derecho administrativo, sino que enumeran las materias que contiene» (pág. 34). Realmente, los escritores españoles suelen iniciar su plan con un ensayo de definición y determinación del concepto; eso hemos hecho nosotros. Véase Royo Villanova, *Elementos de Derecho administrativo* (1915). Güenechea, *Ensayo de Derecho administrativo*, I, intr., Sec. 1.ª Gascón y Marín, *Tratado de Derecho administrativo*, Preliminar, cap. II, Comp. Fernández de Velasco, ob. cit. En la literatura anterior puede verse Ortiz de Zúñiga, *Elementos de Derecho administrativo*, tomo I, Parte I, Sec. I, capítulo único (Granada, 1842). Colmeiro, *Derecho administrativo español*, tomo 1, ediciones de 1850 y de 1876.

como expresión de valor jurídico, en cuanto el Derecho administrativo es *Derecho;* 2.° Análisis crítico del elemento que caracteriza, diferencia y distingue específicamente lo *jurídico*, haciendo que el Derecho de que se trata sea un Derecho especial: *administrativo*, término que naturalmente tendrá que referirse a las expresiones de donde se deriva: *administrativo, administrar* y *administración;* 3.° Análisis crítico del significado, alcance y valor del Derecho administrativo, como expresión o síntesis de relaciones jurídicas diversas, las cuales, o se ofrecen como resultado de una mera labor empírica y fragmentaria, sin trabazón interna o enlace esencial, y sin aquella riqueza de formas, matices y manifestaciones referibles, en todo caso, a un concepto generador, o bien, por el contrario, el Derecho administrativo abarca, en la unidad de concepto, un conjunto de relaciones jurídicas, supuestos de normas o basadas en normas, de tal modo referibles a una idea capital, que constituyen o pueden constituír un orden jurídico especial y específico, y, doctrinalmente, una rama del Derecho distinta. Este último momento, el más complejo del proceso en la determinación del concepto del Derecho administrativo, entraña problemas generales, tales como el de la posibilidad científica de un Derecho administrativo y el de si es dable reducir a principios fundamentales de valor filosófico el Derecho de que se trata, y problemas especiales en relación con los Estados históricos, por ejemplo, el de la determinación concreta de la existencia o no existencia, en este o aquel Estado, de un orden administrativo real, suficientemente desarrollado para provocar y justificar la existencia de una rama del Derecho sustantiva, y el de la fijación de las condiciones que, en cada Estado, suscitan y

determinan la elaboración de un Derecho administrativo autónomo, suyo, y además explican sus caracteres propios, especiales, positivos (nacionales, podría decirse, tratándose de Estados-Naciones), de aquel Estado y quizá no de otros.

2. El *Derecho* administrativo es, ante todo, en el lenguaje corriente, una expresión de valor *jurídico*, que parece referirse a una modalidad, determinación o esfera del Derecho. En efecto: si empleamos la palabra *derecho* en la usual significación de *exigencia*—derecho de alguien, de un sujeto—, *derecho* a algo o para algo, de un *ser de fines*, el Derecho *administrativo*, se concretará, prácticamente, en una exigencia de alguien a una *prestación*, *condición* o *situación* (administrativa), y puede entonces hablarse de un derecho en relación con *fines* subjetivos, y respecto de *prestaciones* de carácter administrativo (1): derecho, aquí,

---

(1) Esta primera acepción del Derecho administrativo es la que late en el fondo de toda la doctrina, tan lógicamente desarrollada por Jèze, de las «diferentes clases de poderes jurídicos». «De un lado, dice, los individuos — yo diría las *personas* — están investidos de poderes: el poder de querer ciertas cosas. De otro lado ejercen esos poderes realizando *actos jurídicos*.» (Ob. cit., páginas 9 y siguientes). Ahora bien: la facultad o poder de querer de un sujeto, por tal o cual razón o título, entraña en su favor un derecho, que será administrativo en cuanto implique una relación generada por la naturaleza administrativa de lo que tenga derecho a exigir; es, en cierto modo, el concepto a que responde aquel requisito 4.° del art. 1.° de nuestra ley de lo Contencioso-administrativo de 22 de junio de 1894, cuando exige para la interposición del recurso que las «resoluciones administrativas» contra las que se recurre «vulneren un derecho de carácter *administrativo* establecido en favor del demandante...».

equivale a facultad o poder de exigir alguna cosa—*subjetivo* que se dice.

En cambio, si empleamos el término *Derecho* para expresar la *relación jurídica* o un cierto *orden* o sistema de relaciones que se producen, bajo determinadas condiciones, con un cierto ritmo, con sujeción a *normas* a que deberán ajustarse los poderes de querer de los titulares de derechos, el Derecho administrativo se concretará positivamente, como una forma de vida —jurídica—, en una clase de relaciones que constituirán el *orden* administrativo, obra de normas exigidas e impuestas por la necesidad que supone aquel orden (1). Por último, si consideramos el Derecho en la totalidad de su significación sintética, como el organismo de las relaciones de una personalidad, o sea de un Estado, y en cuanto el término expresa el Derecho propio de dicho Estado—su derecho positivo, como cuando decimos el Derecho español, el Derecho francés—, el Derecho administrativo se refiere al dere-

(1) Entraña esta concepción del Derecho administrativo, en cierto sentido, lo que llama Hauriou «el punto de vista objetivo» en la definición jurídica del mismo, y el cual «consiste en considerar el orden establecido en los elementos sociales, como existiendo por sí mismo y sin referirse a la actividad de personas jurídicas; el elemento esencial del derecho objetivo es la «situación jurídica» que se crea espontáneamente, gracias a los equilibrios del estado social». (Obra citada, pág. 108. Consúltese sus *Princ. de Droit publique*, capítulos I y II.) A mi juicio, el elemente esencial —dinámico—del punto de vista objetivo es la *relación jurídica*, contenido del orden y objeto de la norma; la norma supone y regula relaciones, las cuales tienen como garantía la fuerza declarativa y reguladora de la norma. Véase mi *Tratado de Derecho político*, tomo I, vol. I, intr., cap. III (2.ª edic.).

cho de ese Estado, en la medida en que en él se pueda hablar de un régimen jurídico-administrativo, que abarque, en síntesis, la orgánica combinación de los derechos subjetivos administrativos, integrados en el orden administrativo, obra o resultado de las normas elaboradas para producirlo o mantenerlo (1).

3. En suma, pues, en el empleo del término «Derecho administrativo» late siempre un supuesto *jurídico*, se comercia o trabaja con un valor *jurídico;* se piensa, en efecto, necesariamente, en ciertas leyes o disposiciones legales—reglamento, decreto, orden, ordenanza...—, en situaciones personales jurídicas, determinadas—*ciudadanía, funcionario, concesionario de un servicio público, contratista,* etc.—, en tales o cuales

---

(1) Compárese este punto de vista con el mantenido por Hauriou cuando habla de la *combinación práctica de los puntos de vista objetivo y subjetivo.* (Ob. cit., pág. 109.) A mi juicio, las acepciones expuestas son igualmente reales, y expresan, más que concepciones distintas, acepciones que se completan en el concepto del derecho en general y de cualquier rama del mismo; en otros términos: en toda rama de un Derecho positivo se integran el Derecho como exigencia—o interés jurídicamente establecido—, como relación, orden y norma, y como obra o labor propia de una personalidad: Estado. La especialidad de la rama se definirá por el objeto—necesidad colectiva—que la suscita y caracterice, Derecho *civil, político, administrativo, procesal,* etc. Compárese esta concepción con la de Duguit, que desarrolla, sobre todo, la concepción de un puro derecho objetivo. Véase especialmente *L'Etat, le droit objetif et la loi positive* (1901), *Transformaciones del Derecho público* (traducción española, 1917). (Véase mi crítica del punto de vista Duguit en mi *Tratado de Derecho político*, tomo I, intr., cap. III, edic. de 1916.)

intereses jurídicamente protegidos, que diría *Ihering*, v. gr., del *empleado*, del *expropiado*, de *la persona en el orden público*, del *establecimiento benéfico*, del *Municipio*, etc., o bien se piensa, más o menos vagamente, en un orden general de *servicios* exigibles, de *prestaciones* debidas, de *preparación y aplicación de medios idóneos*, de *condiciones* reclamables, de *posiciones* defendibles, según un *sistema* de normas aplicables a innumerables *actos de sujetos capaces* de realizarlos y obligados a ejecutarlos, o de *abstenciones* en que tales sujetos deben mantenerse (1); en otras palabras, en el Derecho administrativo, se hace referencia a toda la trama constitutiva de un derecho, que tiene necesariamente como eje una *conducta* que ha de producirse de determinada manera y en determinada esfera o relación, y para fines dados, que es lo que completa y diferencia, a la vez, el supuesto y valor jurídicos latentes en el término que analizamos; esa *manera*, *esfera* o *relación*—con los fines dados—exprésase en el adjetivo «administrativo», que, desde luego, despierta o sugiere la idea de un derecho referido a *actos*, *condiciones*, *situaciones*—vida—de una naturaleza especial, distinta, por algún motivo, de los actos, condiciones y situaciones a que se refieren otros términos jurídicos, v. gr., derecho *civil*, derecho *político*, derecho *penal*, derecho *procesal*, derecho *internacional*, etc., etc.

4. Todo esto supuesto, una primera definición del Derecho administrativo podría formularse en estas o parecidas palabras: es el *derecho relativo a los actos*, *condiciones y situaciones administrativos*, o bien el *derecho relativo a la conducta y a las posiciones todas de*

(1) Cons. especialmente las obras citadas de Hauriou y Jèze.

las personas en cuanto puedan éstas considerarse como sujetos administrativos y capaces de generar y mantener un orden de vida (o sistema) administrativo.

Pero esta definición es insuficiente: ella nos da, de una manera general, las notas e indicaciones del Derecho administrativo como derecho, o, menos aun, las notas e indicaciones que, de expresar aquel término una *realidad jurídica*, han de concurrir en lo administrativo, para que sea materia y forma de un derecho o de derecho.

En efecto, todo Derecho supone: 1.°, una *persona* que lo quiera y lo viva; 2.°, *actos*—el objeto—que lo concreten y realicen; 3.°, *relaciones* en el contenido de los actos exigidos; 4.°, *servicios* que han de *prestarse* por alguien que no puede ser sino la *persona*, esto es, el ser capaz de generar y seguir una *conducta jurídica* —según normas—, o, de otro modo, el ser capaz de establecer relaciones entre ciertas necesidades vitales —racionales—y su propia actividad, en cuanto de esta actividad *suya* depende que las necesidades aquellas sean satisfechas—relaciones jurídicas—. Al hablar de un derecho administrativo se quiere decir, pues, que, en determinada esfera de vida—la administrativa—, el análisis descubrirá los elementos que integra todo derecho concreto y toda rama jurídica (1).

---

(1) Esta primera idea del Derecho administrativo va supuesta e implícita en la noción formulada por Jèze, aun cuando este distinguido jurista no la haya desarrollado; a mi juicio, es la que late en la noción del servicio público, noción esencial, sin duda, en el Derecho administrativo. Según Jèze, «los servicios públicos suponen *individuos*, *cosas*, individuos para prescribir o ejecutar medidas a fin de dar satisfacción a necesidades de interés general, *cosas* median-

5. Y he aquí cómo surge lógicamente el segundo momento del proceso en la adecuada determinación del Derecho administrativo.

¿Qué elemento o nota especial definidora supone la designación de este *Derecho* como *administrativo?* O bien, ¿qué indicación común nos da la denominación de *administrativo* con que señalamos los *actos*, las *prestaciones*, los *servicios* realizados o exigidos por las personas en esta esfera particular de su actividad y de sus relaciones jurídicas?

La investigación entraña ahora dos problemas que corresponden, respectivamente, a otros momentos del proceso que estamos desarrollando, a saber: 1.°, el de la determinación de lo administrativo como *objeto* de relaciones jurídicas, y 2.°, el del influjo que, por reacción, ejerce lo *administrativo* sobre lo *jurídico*, hasta producir una rama del Derecho distinta, no sólo en razón del *contenido* de las relaciones en que se manifiesta—*objeto* de las *prestaciones*, de los *servicios*, de los *actos* y de las *exigencias* que los provocan—, sino

---

te las cuales los individuos encargados de los servicios públicos proporcionarán las prestaciones que el público espera del servicio público». (Ob. cit., pág. 2.) En esta explicación del objeto del Derecho público y administrativo se ve bien la relación jurídica a que en el texto se alude, entre individuos – órganos de una personalidad; aquí el Estado, y personas a su vez, y las «necesidades de interés general» determinantes de las relaciones de servicio – de los servicios públicos - y cuyo contenido se concretará en las cosas, mediante las cuales se realizarán les *prestaciones* para satisfacer las necesidades indicadas. La idea dominante en la primera edición del TRATADO implicaba la orientación en que Jèze aparece colocado. Jèze empieza su indagación en el segundo momento del proceso que desarrollamos en el texto.

de la *forma*, la *estructura*, las *solemnidades*, las *garantías*, el *instrumental*, las *instituciones*, los *procedimientos* o *métodos* y hasta la *terminología*; en suma, la *técnica* especial exigida para que se produzca con eficacia un derecho administrativo.

6. Lo administrativo debe referirse a las expresiones de donde se deriva: *administrar*, que significa una cierta manera de actividad, de obrar, de proceder, y *administración*, que significa la acción y el efecto de administrar, y en determinadas relaciones, el instituto, la entidad y hasta la agencia u oficina que administra.

La idea más general de *administrar* es la de una gestión inteligente, racional, ordenada, de los negocios o de los intereses de una persona, individual o colectiva, al efecto de acomodar las exigencias de la vida a un *haber* dado, sabia y prudentemente distribuído. Siendo la vida relación de medio a fin, de utilidad, su desarrollo natural exige un proceso de adecuación de medios (limitados siempre) a fines, proceso que, en el orden racional, se traduce en una aplicación calculada, que sólo se consigue *administrando bien*, lo cual quiere decir que, entonces, se emplean los medios, sin prodigalidad, sin disipación, sin despilfarro, graduando el esfuerzo y la tensión posible del mismo, en consonancia con la presión de las circunstancias. Sin duda alguna, en la acepción vulgar, o más usual, de administración y de administrar, predomina el aspecto económico (1); pero tales palabras se em-

(1) Gil Robles recuerda los dos sentidos extremos de administración: «el uno, más amplio, de todo *manejo y servicio*, y el otro, más estricto, de *cuidado y gestión de intereses materiales* (caudal, hacienda)». (Véase *Guía para el estudio del*

plean también con otro alcance, en rigor más propio: la idea de una buena administración supone, no sólo una ordenada y hábil gestión de hacienda, de caudales, sino el buen orden de todos los servicios en una esfera dada de vida, individual o colectiva, o sea la obtención del medio idóneo con el mínimo esfuerzo, y la adecuada aplicación del mismo al fin—satisfacción de necesidades—: administrar, pues, equivale a vivir ordenadamente, dando el más alto rendimiento útil, y administración entraña la idea de una gestión y prestación ordenadas de servicios—satisfacción de necesidades—con aplicación adecuada de medios adecuados; de ahí que una buena administración exija una relación de proporcionalidad entre aquéllas—las necesidades—y éstos los medios. Así puede decirse que una casa bien *administrada* es una casa bien *ordenada*, en la que se obtienen los *medios* según las *necesidades* y éstas se acomodan a los *medios* obtenidos, según un criterio de valoración racional.

7. Referido el concepto general de administrar y de administración al Derecho, el Derecho administrativo indicará el orden o sistema de las relaciones jurídico-administrativas, o sea el esfuerzo jurídico para preparar y hacer efectiva—práctica—una buena administración. La administración es actividad humana, y, como tal, de exigencias jurídicas, y obra de un sujeto que la produce: que administra. Ahora bien: el sujeto que administra—la persona—,lo hace poniendo en acción sus energías, no sólo para satisfacer sus ne-

---

Derecho administrativo, 1899, pág. 5.) Consúltese Royo Villanova, ob. cit, pág. 7 y siguientes. Güenechea, ob. cit., I, páginas 12 y 14. Santamaría, ob. cit., páginas 35 y 36. Gascón y Marín, *Tratado* cit., esp., Prel., cap. II.

cesidades: comer, vestir, estudiar, viajar, intervenir en la vida pública, etc., desarrollando una conducta racional en consonancia con lo racional de las referidas necesidades, sino que tales energías exigen de él una atención particular para sostenerlas, ahorrarlas, ordenarlas, y esta exigencia se impone a su conciencia como otra necesidad que reclama satisfacción también. El momento jurídico en el desarrollo de la conducta personal es el de la propia determinación de la persona para *administrar* bien; lo administrativo se convierte en jurídico, en cuanto el *administrador*—persona individual o colectiva—se siente obligado a proceder correcta y ordenadamente en la realización de sus funciones administrativas.

Por eso se *puede* y *debe* hablar del aspecto *ético* de toda administración, el cual se revela, en cuanto se advierte el alcance moral de las exigencias que supone para toda persona—para todo núcleo de vida humana—la necesidad de un buen orden en la utilización de sus medios y en la conducta desarrollada para la adecuada aplicación de éstos, aplicación que, por otra parte, no *debe* realizarse sino con sujeción a un criterio racional, y teniendo presentes las múltiples circunstancias que influyen en la determinación de tal criterio—valoración *ética* de las necesidades y de las relaciones personales. Bien de manifiesto resulta el influjo de esa valoración ética en la indicación vulgar y corriente de que una administración debe ser honrada, y en el sistema de precauciones, garantías y recursos jurídicos ideados y establecidos para hacer efectiva semejante exigencia, que, en definitiva, constituye la base de todo Derecho administrativo, el cual podría concebirse ya como el *sistema u orden jurídico establecido para hacer efectiva y eficaz una*

buena administración, siendo ésta el conjunto de medios idóneos y de servicios exigidos en cada caso y momento en la vida racional de una personalidad – individual o colectiva.

8. Pero esta concepción supone un punto de vista demasiado amplio, aunque aquí perfectamente justificado, dado que en este momento se considera el orden administrativo de un modo que podíamos estimar universal, en consonancia con el carácter de las exigencias a que responde. En este supuesto, el Derecho administrativo, como el derecho relativo a la buena ordenación de los servicios exigidos para el desarrollo adecuado de la vida en toda persona—núcleo vital—, abarca el organismo entero de la personalidad, en sus ricas y múltiples formas y manifestaciones (1): podría afimarse que, dada la persona individual o colectiva, se supone un conjunto de necesidades que han de satisfacerse mediante el desarrollo de una actividad ordenada, la cual tendrá como contenido un conjunto de prestaciones o servicios; en otros términos, aquellas necesidades han de satisfacerse mediante una administración y según un orden racional, o sea, según derecho, obra de la persona misma, o impuesto a la persona por otra: casos de tutela, de subordinación, de organización política, de dominación; toda persona, pues, tendrá su derecho administrativo, en cuanto tenga una *administración*, que ha de desarrollar *jurídicamente* (2).

(1) Se ha expuesto la doctrina del organismo de la personalidad en mi *Tratado de Derecho político* espec., cap. I, parte I, libro II. Compárese Giner y Calderón, *Principios de Derecho natural.*

(2) Hay, pues, un derecho administrativo y administración individuales. El individuo *administra* su patrimonio, or-

9. Esta amplia concepción del Derecho administrativo no tiene un valor puramente teórico: entraña importantes consecuencias políticas y jurídicas. El reconocimiento de una administración y un derecho administrativo en toda persona — individuo, asociación, sociedad, corporación, fundación, Municipio, Provincia, Estado..... — hace suponer que el fundamento de toda administración está en la persona, sujeto de la misma; la actividad administrativa es una consecuencia de la capacidad racional de la

---

dena sus servicios al efecto de vivir racionalmente, y, al ordenarlos, lo hace acomodándose a las exigencias de su vida, esto es, lo hace según Derecho. Hay además un derecho administrativo y una administración sociales, en cuanto toda sociedad tiene una dirección reflexiva y ordenada de sus medios, y tal dirección ha de acomodarse a las exigencias finales que la justifican. Lo mismo las sociedades *totales* que las *especiales*, tienen, por tanto, su administración y su derecho administrativo. La familia tiene su administración y Derecho administrativos *domésticos*. El Municipio, la Provincia y la Nación, la sociedad internacional, tienen también su administración y derecho administrativo-político, *municipal*, *provincial*, *nacional e internacional*, respectivamente. Las sociedades *especiales*, como la Iglesia, la Universidad, el Sindicato y las diferentes colectividades fundadas para obtener este o aquel beneficio colectivo, requieren una administración y un derecho administrativo necesariamente; así hay una administración y un derecho administrativo eclesiásticos, académicos, sindicales, etc., etc. El punto de vista que sosteníamos en la primera edición, y que aquí mantenemos, se afirma por Ranelletti, cuando dice: «La administración, habida cuenta la diversidad de los fines y de los medios, no es actividad exclusiva del Estado, sino propia de toda persona física o jurídica.» (Véase *Principii di diritto amministrativo*, 1912, tomo I, pág. 268.)

persona, como centro o núcleo de vida y agente de derecho, siendo el Derecho administrativo una consecuencia—manifestación—de la capacidad jurídica de la misma. Y la capacidad jurídica, o sea el poder o facultad del ser racional para regirse en su esfera propia, según las exigencias del derecho, es la condición del Estado y la base de toda autonomía personal: según esto, el reconocimiento de una administración y de un derecho administrativo en toda persona conduce lógicamente al reconocimiento de la *autonomía administrativa*, que es un aspecto de la *autonomía personal*: la persona se *administra a sí misma y por sí misma*, en cuanto es suyo el fin y son suyas las fuerzas y la capacidad para administrarse, y hasta donde tal capacidad y fuerzas lo consientan; y como, al administrarse, la persona ha de acomodarse a las exigencias del Derecho, aquella deberá establecer y desarrollar un orden jurídico-administrativo. Y tal es, repito, el principio de la *autonomía administrativa*, fundada en el Derecho, y según las exigencias del Estado jurídico (1), principio, por lo demás, que ha encontrado y encuentra en la Historia dificultades a veces insuperables, y que se manifiesta con innumerables y variadísimas limitaciones, alcanzando además las aplicaciones más complicadas y originales en los Estados contemporáneos constitucionales (2).

---

(1) Véase mi *Tratado de Der. pol.* citado, tomo I, página 23.

(2) Y son de tal relieve y fuerza algunas de estas aplicaciones, que a veces se han considerado como nota esencial y característica del Derecho administrativo las condiciones particulares, específicas, de determinadas formas históricas del mismo; verbigracia, del francés unas veces, del de los

10. El *Derecho administrativo* de que aquí se trata no abarca el organismo de las relaciones jurídico-administrativas, consideradas en los varios núcleos de la vida personal a que se acaba de aludir. El propio significado del Derecho administrativo, en el uso corriente del lenguaje y en el tecnicismo consagrado en las Ciencias jurídicas y políticas, impone las naturales limitaciones al propósito de esta indagación. En su sentido estricto, de valor histórico, circunstancial, el Derecho administrativo se refiere a una esfera, aspecto o conjunto de relaciones o direcciones de la actividad de los Estados modernos constitucionales, nacionales, o que se reputan tales, o cuando menos, organizados según amplios principios de autonomía. El Derecho administrativo, estrictamente considerado, tiene como sujeto generador y como núcleo de las relaciones que abarca y regula, y además como límite de su acción eficaz y definidor de su personalidad y de su esfera, un Estado político, una entidad constituída como Estado territorial, *espacial*, soberano o autónomo. Por otra parte, el impulso jurídico generador del Derecho administrativo, como un derecho regu-

---

Estados constitucionales otras. Recuérdese la posición de Dicey *(Introduction à l'étude du Droit constitutionnel*, edición francesa, pág. 285 y siguientes) respecto a la existencia del Derecho administrativo en los países del sistema jurídico inglés. Frente a Dicey, Goodnow sostiene (creyendo llegar muy lejos) que «se puede afirmar que el Derecho administrativo, empleando las palabras en el sentido propio, existe y debe existir en todos los países que han alcanzado un desenvolvimiento político digno de este nombre». *(Les Principes du D. A. des E. U.*, edición francesa, pág. 5.) Compárese Jèze, ob. cit., Introducción.

lador de actividades del Estado, supone históricamente el Estado *constitucional*, es decir, el Estado que se acomoda al Derecho. Colocados en la corriente que se revela en esta concepción del Estado político constitucional, quiere aquí considerarse y determinarse el Derecho administrativo de dicho Estado constitucional, teniendo en cuenta los principios que en su elaboración influyen y las legislaciones positivas más típicas en que se condensa.

Y el problema que, desde luego, surge en el desarrollo lógico de este estudio es ahora el siguiente: ¿qué valor tiene o se da, o debe darse, a los términos *administrativo*, y *administración*, referidos al Derecho o a un derecho de los Estados constitucionales modernos? Nos hallamos con expresiones de uso más general—administrar, administración, administrativo—; pero recogidas y especializadas en una tecnología de alcance y aplicación concretos, y en un orden de realidad distinto—en el de la política moderna y en el del derecho del Estado constitucional. Y la cuestión consiste en averiguar qué significación particular ha logrado lo *administrativo* y la *administración*, aplicados en la vida a funciones y relaciones del Estado.

11. De una manera general puede estimarse que el término *administración* y *administrar* se introduce en la tecnología política para señalar, con significación cada vez más definida e intensa, un cierto grupo, suma, conjunto, y, al fin, orden de manifestaciones de la actividad del Estado, en las que predomina, con soberano influjo, la preocupación del *bien público:* esta noción del *bien público*, generadora de la idea más concreta y moderna del *servicio público*, funciona en el proceso de la administración del Estado como la atracción (el objetivo) suscitadora o sugestionadora

de las diversas *intervenciones* políticas—de Estado—para la *preparación y conservación de medios idóneos*, de ordenación, de vigilancia, de defensa—policía—, de tutela, de protección, de fomento de intereses, y de acción social; en otros términos, suscitadora de las intervenciones de *gestión* de *servicios*.

En esencia, la idea generadora del concepto político de *administración* y *administrar* es la misma que actúa, o se supone, en la acepción general ya expuesta de tales términos: se trata siempre de una *gestión de buen gobierno* (1); lo especial o específico quizá viene de la naturaleza—*etática* o *estádica-política*—de la entidad o comunidad Estado, el cual desarrolla su gestión de buen gobierno de cierta manera, en razón de la índole: 1.°, de las necesidades a que debe atender con sus gestiones administrativas; 2.°, de los métodos empleados para *obtener, conservar y perfeccionar el medio o los medios idóneos con que satisfacer o atender a esas necesidades;* 3.°, de los *procedimientos adecuados* para *aplicar* aquellos medios, y 4.°, de las *instituciones* llamadas a realizar prácticamente la gestión de buen gobierno, exigida para la obtención, conservación y perfeccionamiento de los medios adecuados y para la eficaz aplicación de éstos a la satisfacción de las indicadas necesidades. En conclusión, la Administración llamada *pública*—o sea del Estado y por el Estado —, ra-

(1) «Administración, recordaba ya Posada Herrera *(Lecciones de Administración,* I, páginas 42 y 43, ed. 1843, Madrid), *es el acto o ejercicio de regir o gobernar alguna cosa, como la hacienda, la república, la justicia,* etc.» Esto no obstante, Posada Herrera definía la Administración pública, recogiendo indicaciones especiales más o menos afortunadas, del hecho de ser administración del Estado.

zón y materia del Derecho administrativo, se concibe generalmente como la *gestión de buen gobierno encaminada a obtener, conservar y perfeccionar los medios idóneos para satisfacer las necesidades colectivas que constituyen el contenido del fin del Estado.* ¿Qué alcance tiene lo *administrativo* propiamente dicho—gestión de buen gobierno—en relación con la realización del fin del Estado? Cuestión es que pide consideración especial. Por el momento, bastará definir la Administración del Estado como una Administración que tendrá que ser, actuar y conducirse, según la naturaleza del sujeto personal de la misma—el Estado—, en relación de subordinación con la finalidad política que la justifica—el *bien público*—el *servicio público* (1).

12. Bien se advierte ahora dónde está la razón de la *posibilidad* y *necesidad* de un Derecho administrativo, como rama jurídica especial, en el sistema de las relaciones, normas y actividades que integran el *orden* del Derecho positivo de un Estado constitucional moderno; es *posible* un Derecho administrativo—autónomo—cuando en el Estado se diferencia y define como una actividad política, distinta, sustantiva, la que exige esa gestión de buen gobierno, de intereses colectivos, de necesidades comunes sentidas en la esfera social que abarca y constituye el Estado de que se trate; es esta la idea que expresa Jèze cuando dice

---

(1) Las bases políticas y sociológicas de la concepción que en el texto se apunta se han desarrollado en mi *Tratado de Derecho político* (2.ª ed., 1915-16), esp., tomo I, Primera parte, libro II, libro IV, cap. VIII, y libro V. Compárese Hauriou, *Précis de Droit administratif*, esp., libro I, § 2. Jèze, ob. cit., esp. Intr. Duguit, *Transf. del Derecho público.*

que «se puede afirmar que en todo país que ha llegado a la noción del servicio público (1), es decir, en todo país civilizado, hay un derecho administrativo (2). El Derecho administrativo es *necesario* en todo Estado en el cual las necesidades colectivas, de interés general, son de tal fuerza e intensidad, que suscitan como función inexcusable las intervenciones políticas de gestión y de buen gobierno, y en razón a una exigencia superior, esencial en la vida del Estado constitucional, merced a la cual toda actividad política debe acomodarse al Derecho. Es decir, el Derecho administrativo surge como consecuencia natural de la reacción de la conciencia social del Estado, al reclamar la aplicación de la protección, de la tutela y de las normas jurídicas, a la gestión administrativa de las necesidades públicas—servicios.

Y henos ya en el último momento del proceso lógico que se va desarrollando: el del *análisis crítico* de la significación, alcance y valor del Derecho administrativo, íntegramente considerado, como expresión en la cual aparecen, sintéticamente recogidas, las dos ideas de *administración* y de *derecho*. De un lado se ofrece la Administración como una actividad jurídicamente determinada, y de otro se ofrece el Derecho, específicamente distinto, merced a las exigencias que supone la naturaleza propia de la actividad administrativa del Estado.

---

(1) Tal como el autor la desarrolla en la obra de donde tomo la cita. *(Princ. généraux de Droit administratif.)*

(2) Jèze, ob. cit. pág. 1.

§ 2. *El Derecho administrativo según las doctrinas. Evolución del concepto.*

1. El concepto del Derecho administrativo se viene elaborando, dentro del proceso general del régimen del Estado constitucional moderno, bajo la acción de estos dos influjos:

a) Las *exigencias prácticas* del Estado y de la vida social en relación con las *funciones*—intervenciones—del Gobierno, exigencias que provocan *actos* u *operaciones políticas* y *técnicas*, *normas legislativas* o *reglas* de diversa índole y *decisiones jurídicas* o de *equidad;*

b) La *reflexión doctrinal*, que, a veces, se limita a recoger y a ordenar, con criterio más o menos empírico y realista, los resultados contenidos en las fórmulas legislativas y en las labores de gobierno y jurisdiccionales, mientras otras tiende a elevarse a concepciones generales, buscando explicación racional a las manifestaciones de las actividades administrativas y procurando realizar una labor constructiva, tanto para determinar la posición y las relaciones de la Administración en el Estado, como para definir y ordenar las diversas manifestaciones de la actividad administrativa, en relación con los *fines* que las motivan, las *formas* bajo que se producen y los *instrumentos, métodos, instituciones,* etc., mediante las cuales se hacen aquéllas efectivas.

Considerada de un modo general la evolución del Derecho administrativo como rama jurídica distinta y característica de los Estados constitucionales, se ad-

vierte en ella la acción concurrente de esos dos movimientos que, además, suponen procesos históricos especiales en los distintos pueblos, obra, en cada uno, del influjo de sus respectivas tradiciones políticas, de su diferente ideología política y de la diversa estructura constitucional (1). La acción de los movimientos indicados—el de las *exigencias prácticas* y el de la *reflexión doctrinal*—se advierte concretamente en las fórmulas ideadas por los tratadistas, especialmente para definir el Derecho administrativo, predominando en ellas; o la preocupación de las formas legales y de las normas reguladoras de la administración, o bien la de las exigencias prácticas—el contenido y la finalidad de la acción administrativa—; en todo caso, la evolución del concepto del Derecho administrativo revela un proceso de *intensificación y unificación constructiva* en el sentido de afirmar, razonar y consolidar la sustantividad y autonomía de esta rama jurídica, ya sea sobre la base de la especialidad, objetivamente demostrable, de la Administración—los *fines* propios de su actividad—, ya sea sobre la de su especialidad jurídica—un derecho distinto, por sus formas, exigencias, métodos, solemnidades, sujeto, etc.—, ya, en fin, armonizando ambos supuestos, íntimamente relacionados, y acaso, en realidad, inseparables (2).

---

(1) Véase, respecto de Francia, Hauriou, *Précis de Droit adm.*, esp., Prefacio a la edic. 8.ª; respecto de Alemania, el breve resumen de Radbruch. V. *Einführung in die Rechtwissenschaft.*, págs. 105-113; Orlando, *Principii de Dir. ammin.*. cap. III; Brunialti, *Il Diritto Ammin.*, vol. I, p I, Introducción, cap. II; Ussing, *Le Contentieux administratif* (1902). Respecto de España, véase luego.

(2) Véase la indicación de la oposición de criterios constructivos en Hauriou, *Précis*, cit. (8.ª edic.), págs. 9 y si-

2. En tres grupos principales pueden clasificarse las fórmulas ideadas por los tratadistas que han intentado la ordenación sistemática del Derecho administrativo, para definir o resumir su concepto, a saber (1):

Primero.—Las de aquellos que lo consideran como un conjunto de leyes o disposiciones emanadas del Poder público de un Estado, o, a lo sumo, como un conjunto de normas o reglas imperativas, fundadas en ciertos principios generales. Es realmente el criterio *originario* (2), con arreglo al cual se ha producido en la Historia el Derecho administrativo, no sólo en el sistema del Derecho positivo francés, y por imitación en el español (3), sino en la doctrina de los

---

guientes. Com. Jèze, *Princ. gen. de Droit adm.* Mayer, *Droit adm. allem.*, I, pág. 13. Duguit, *Droit const.*, I, páginas 181 y siguientes.

(1) Las fórmulas no se separan por entero según los tres criterios que se indican: las hay, como veremos, que se deben colocar en más de un grupo, en razón de los distintos puntos de vista desde los cuales se intenta definir el Derecho administrativo, y que aparecen empíricamente combinadas en los diversos conceptos.

(2) Véase Bonnin, *Compendio de los Principios de administración.* (Trad. española, 1834, Madrid.) El concepto legalista (combinado con la concepción de la Administración como ejecución de leyes) es el que domina en la doctrina del libro de Bonnin. Refiriéndose a la Administración, dice, en efecto, que «la ejecución de las leyes de interés general es su verdadera atribución». (Ob. cit., pág. 37.)

(3) Una indicación histórica de estos conceptos puede verse en Meucci, *Inst. de Diritto ammin.*, pág. 10, y en De Gionnais, *Dir. ammin.*, tomo I. Cons. Orlando, *Primo Tratato de Dir. ammin.*, I, págs. 51-59.

autores que han querido explicarlo; es además, con el criterio resultante del segundo grupo, el imperante en la escuela francesa, que en cierto respecto inicia la elaboración de esta rama jurídica dentro de las corrientes políticas doctrinarias.

Así Vivien concibe el Derecho administrativo como el que «dirige los actos de los administradores, resuelve las cuestiones que ocasionan los negocios y guía a los Tribunales que conocen de ellas», pero teniendo en cuenta que «el derecho nace de las leyes positivas y proclama los principios que determinan su aplicación» (1). Batbie estima que el «Derecho administrativo propiamente dicho trata de las reglas según las cuales se rigen los derechos de las partes en relación con la acción administrativa» (2). Para Ducrocq es aquél «el conjunto de principios y reglas que resultan de las leyes de interés general y de las que presiden el funcionamiento de todos los organismos no judiciales del Poder ejecutivo encargado de su aplicación» (3). Análoga concepción, de base positiva, se advierte en algunos tratadistas italianos. De Gioannis Gianquinto, por ejemplo, afirma que nos encontramos ante el Derecho administrativo cuando «la Administración, en su organización, materias y acción, se halla subordinada a un sistema de leyes» (4). El mismo

---

(1) *Estudios administrativos* (trad. esp. 1854), pág. VIII. (Véase prim. edic. fr., 1845, pág. v.)

(2) *Traité de Droit public et adm.* (1862), I, pág. 4.

(3) *Cour de Droit adm* 7.ª edic., I, pág. 3 (1897).

(4) *Corso de Dir amminist.*, I, pág. 8 (1877). En general, entre los italianos suele oponerse la ciencia de la Administración al Derecho administrativo, considerando aquélla como la doctrina racional y éste como la «legislación posi-

concepto entraña la declaración de Manna, para quien la Administración es la legislación en acción» 1).

Entre los escritores españoles que han realizado trabajos de sistematización del Derecho administrativo señálase claramente el influjo del mismo criterio legislativo. Para Ortiz Zúñiga, el Derecho administrativo «tiene por objeto las doctrinas que emanan de las leyes y disposiciones relativas a la Administración» (2); para Posada Herrera, «el Derecho administrativo será el conjunto de leyes administrativas» (3); según Oliván, «el Derecho administrativo de cada nación consiste en la competencia de las autoridades encargadas por la ley de las diversas partes de la administración pública, ya generales, ya especiales, o sea en los preceptos positivos que rigen la materia» (4); por último, Colmeiro define el Derecho admi-

---

tiva». Tales conceptos resultan del Reglamento de 22 de octubre de 1885, que estableció en Italia la enseñanza de la ciencia de la Administración. «Parece, escribe Orlando, que, según el Reglamento, esta ciencia estudia las normas fundamentales y la doctrina racional de la Administración, una especie de filosofía del Derecho administrativo, el cual se limitaría al sistema de la Administración italiana, al derecho positivo, cual surge de la legislación. *(Princ.*, pág. 19. Cons. Scolari, *Diritto ammin.*, pág. 25, 1866. Bonasi, *Della necessità di coordinare le instituzioni administrative alle politiche* (citado por Orlando, ob. cit.); Macri, *Diritto amm. e scienza dell'administr.* (idem Orlando, pág. 20, nota).

(1) Cit. por Di Bernardo, *La pubblica ammin. e la Sociologia*, II, pág. 576. Turín, 1893. Cons. Persico, *Diritto ammin.*, I, pág. 74.

(2) Ob. cit., I, pág. 13.

(3) *Lecciones de adm.* (Madrid, 1843), I, pág. 43.

(4) *De la Administración pública con relación a Espa-*

nistrativo «el conjunto de leyes que determinan las relaciones de la Administración con los administrados» (1). Aun cuando reconociendo y afirmando la necesidad de otros complementos filosófico-jurídicos y sociológicos, el profesor chileno Letelier considera el Derecho administrativo como «el cuerpo de las disposiciones administrativas que regulan la gerencia de los intereses públicos y las relaciones de los gobernados» (2).

3. *Segundo.* — Las de tratadistas, principalmente de las escuelas francesa, italiana—y española—, que, como dice Orlando (3), recogen «como elemento de la definición del Derecho administrativo el concepto del Poder ejecutivo», o simplemente la noción de lo ejecutivo, como ejecución de *leyes*.

ña, pág. 10 (artículo, publicado aparte, de la *Enc. esp. del siglo XIX*), Madrid, 1843. Morillo, en el *Breve Tratado de Der. adm. español general y especial de la Isla de Cuba* (Habana, 1847), afirma que «el Derecho administrativo es el conjunto de leyes y demás disposiciones administrativas», página 5.

(1) *Der. adm. español* (edic. Madrid, 1850), I, pág. 28. Cons. Abella, *Trat. de Der. adm. esp.*, Madrid, 1886.

(2) Ob. cit., pág. 4. El Sr. Letelier no se encierra, sin embargo, para el desarrollo de su concepto, en estos límites. Véase su artículo, «La Administración pública», en *La Administración*, Madrid, agosto, 1896. Consérvase el influjo del punto de vista indicado en el texto, aunque con otro alcance, que implica una concepción más *jurídica* que *legalista*, en algunos escritores americanos. Así, por ejemplo, Quirós y Emiliani sostienen que el «Derecho administrativo tiene por objeto los principios jurídicos que a la Administración se refieren». (*Der. adm.*, I, pág. 28.) Comp. Malarino, *Trat. de Der. adm.*, I, preámbulo (1915).

(3) *Princ.*, pág. 5. Véase *Trat.* I, páginas 55-56.

La idea de la *ejecución* de la ley es la que domina la concepción de la Administración, desarrollada por Bonnin, según ya indicamos (1). La idea de lo «ejecutivo» se mantiene en Macarrell (2), para quien la Administración es forma de ejecución de las leyes, y en Vivien, según el cual «la Administración consiste principalmente en la ejecución de los servicios públicos» (3), añadiendo que la Administración, «identificada con el Poder ejecutivo, de quien es instrumento, ha participado de todas las conquistas que éste ha hecho en la Constitución de 1852» (4). Recuérdese la definición de Ducroq. El propio Hauriou, que sostiene un amplio punto de vista en la determinación del objeto del Derecho administrativo, recoge en su definición, si no la noción del «Poder ejecutivo», la de la actividad del organismo ejecutivo del gobierno, al afirmar que la «función administrativa es la actividad del organismo gubernamental y *ejecutivo* del Estado, en tanto que se emplea en crear y hacer vivir la institución del Estado» (5); la preocupacion de lo

(1) «La ejecución de las leyes está propiamente en la Administración, que es el órgano que trasmite la vida al cuerpo político.»«La Administración, añade, es la ejecución de la voluntad pública, como la legislación es esta misma voluntad.» (Obra cit., págs. 43-44.)

(2) Ob. cit.

(3) Ob. cit., edic. esp., I, pág. 3

(4) Idem, I, pág. 30.

(5) *Préc. de Droit. adm.* (6.ª edic., pág. 53): La indicación copiada no basta, sin embargo, para colocar a Hauriou en el grupo de que se trata; en primer lugar, en la explicación que de la opinión copiada da el autor, la noción del «ejecutivo» alcanza proporciones que responden a un concepto del mismo en plena transformación. El profesor Hauriou es-

ejecutivo se mantiene en la escuela o tradición francesa, hasta en Berthélemy: en la última edición de su *Tratado* (1), se lee: «La Administración engloba todas las demás funciones del Poder ejecutivo (quiere decir todas, excepto las judiciales). Todos los servicios que concurren a la ejecución de las leyes—exceptuados los de justicia—son administrativos, y el *Derecho administrativo* es el conjunto de principios según los cuales su actividad se ejerce» (2).

Entre los italianos, De Gioannis estima que la Administración «responde a la idea del Poder ejecutivo en cuanto, mediante la acción, procede a la ejecución de las leyes y al servicio de los intereses públicos» (3), pudiendo citarse además Meucci, para quien el« Derecho administrativo es aquella rama del público que dicta las normas reguladoras de las instituciones sociales y de los actos del Poder ejecutivo para la reali-

---

tima muy próxima a la verdad nuestra definición de la función administrativa (como función que tiene por objeto la conservación y el perfeccionamiento de las instituciones mediante las cuales el Estado realiza su fin), definición que prescinde de la noción del «Poder ejecutivo». Además, en la 8.ª edición de su libro, el sabio maestro escribe lo siguiente: «Se ha comenzado por decir que la función administrativa era «la obra del Poder ejecutivo», y que consiste «en la ejecución de las leyes». Pero esta definición no es ni clara ni exacta.» (Ob. cit., pág. 9.)

(1) *Traité élem. de Droit adm.*, 3.ª edic., París, 1916, página 1.

(2) Con razón afirma M. Hauriou que «la Administración como ejecución de la ley es todavía una concepción francesa en virtud del aforismo según el cual el Poder ejecutivo es el que ejecuta la ley». (Ob. cit., 6.ª edic., pág. 53, nota 1.)

(3) Ob. cit., vol. I, pág. 8.

zación de los fines de pública utilidad» (1), y Di Bernardo (2), que define el «Derecho administrativo como el que regula la acción del Estado, y *especialmente* los actos del Poder ejecutivo, las instituciones de orden público y las relaciones entre las personas morales y entre éstas y los ciudadanos» (3).

Fuera de estas corrientes nacionales, y por ellas influído, el norteamericano Goodnow define el Derecho administrativo la «parte del derecho que fija la organización y determina la competencia de las autoridades encargadas de *ejecutar* la ley, y que indica a los individuos los remedios para la violación de sus derechos» (4).

---

(1) Ob. cit., 6.ª edic., pág. 3.

(2) *La pub. Ammin. e la Soc.*, Turín, 1893, v. II, pág. 584.

(3) Di Bernardo recuerda la tradición que entre los alemanes tiene la concepción de la Administración como actividad del Estado, de sus poderes, de sus órganos, y recuerda la indicación de Roesler, para quien el Derecho administrativo contiene el ordenamiento jurídico de la actividad del Poder ejecutivo (*Lehrb. d. deutsch. Verwaltungsrecht*, 1872, página 1. Cit. por Di Bernardo, ob. cit., II, págs. 583 584). En los tratadistas italianos, la noción de *lo ejecutivo* entra en la definición del Derecho administrativo y de la Administración, unida a otros conceptos y expresiones—instituciones sociales, servicio de los intereses públicos, fines de utilidad pública, acción del Estado—que sugieren e implican una muy amplia concepción de la *actividad* administrativa, objeto propio del Derecho administrativo, como se verá (Cons. Ranelletti: *Dir. Amm.*, I, págs. 499 y 521)

(4) *Princ. du Droit adm. des EE. UU.*, Paris, 1907, página 18. Poco antes afirma Goodnow que «el Derecho administrativo se ocupa, no sólo con la función de la Administración, es decir, la *ejecución* de la ley, determinando así la compe-

4. En la concepción española de la Administración y del Derecho administrativo, elaborada como consecuencia y condición a la vez del proceso de adaptación del régimen constitucional moderno, y bajo la sugestión de la *teoría de la división de los poderes*—a la manera que en Francia—, se descubre también la referencia esencial a lo *ejecutivo* y al *Poder ejecutivo*, mezclada, claro es, con otras ideas más o menos determinadas y claras.

Así, por ejemplo, Escriche define la Administración como autoridad pública que cuida de las personas y bienes en sus relaciones con el Estado..., «*ejecutando* las leyes de interés general» (1); Canga-Argüelles estima que «la Administración se emplea en *ejecutar* las leyes que la soberanía promulga para el arreglo de las relaciones públicas de general interés...» (2). Silvela afirmaba que la Administración de un Estado es conjunto de medios por los cuales las leyes *se ejecutan*, o la acción y juego de las diversas partes del *Poder ejecutivo*» (3). Ortiz de Zúñiga definía la Administración como un *Poder* o como elemento

---

tencia del *ejecutivo* o de los funcionarios administrativos del Gobierno, sino también de completar el Derecho constitucional» (Id., pág. 27.)

(1) *Diccionario de Leg. y Jurisp.*, 1.ª edic., 1831, París; 2.ª edic., 1839, Madrid; 3.ª edic., 1847, Madrid. Aunque ampliado y desarrollado el concepto en la 4.ª edición, 1847, la Administración se afirma y estima como función del Poder ejecutivo. «El Poder ejecutivo se dice que se realiza por medio de la Administración pública ..» Tomo I pág. 291.

(2) *Diccionario de Hacienda con aplicación a España*. Madrid, 1839, tomo I, páginas 573-576.

(3) *Estudios prácticos de Administración*. Madrid, 1839, páginas VI y VII.

de Gobierno, aceptando el concepto copiado de Escriche (1). Derecho administrativo—dirá Laserna—«es la ciencia de la acción y de la competencia del *Poder ejecutivo* central y de los poderes locales» (2); para Posada Herrera, «Administración es el número y la dirtribución de las personas de quien se sirve el Gobierno para la *ejecución de las leyes*, y Derecho administrativo es el conjunto de leyes administrativas» (3). Llamamos «acto administrativo, se lee en Oliván, a todo lo que sea cuidar y asegurar el cumplimiento de lo que la legislación dispone» (4).

En el *Diccionario* de Cos-Gayón y E. Cánovas del Castillo se define la Administración inspirándose expresamente en las doctrinas de Vauviliers, Macarell, Laferriere y De Gerando; en sentido lato, Administración se dice «es sinónimo de *Gobierno*», pero «separando de ella la justicia, la diplomacia, el ramo de Guerra, la Marina y la Administración de justicia, nos queda la Administración propiamente dicha, en su sentido más restringido, que tiene una organización especial, medios distintos de acción y de *ejecución* separados». «Administrar, se añade, es asegurar la *ejecución* de las leyes de interés público...» (5). Col·

---

(1) Ob. cit., I, pág. 2.

(2) *Instit. del Derecho adm. esp.* Madrid, 1843. Véase Posada Herrera. Ob. cit., I, pág. 45.

(3) Ob. cit., I, páginas 66-67.

(4) Ob. cit., pág. 221. «En cuyo sentido lato, añade, no hay leyes propiamente *administrativas*, pues que todas son una letra muerta en tanto la Administración no las hace *ejecutar.*»

(5) Véase *Dic. Manual de Der. adm. esp.* Madrid, 1860, páginas 11 y siguientes. *Administración.*

meiro dice que, como «Poder, administración equivale a Administración subjetiva, comprende todas las facultades inherentes al Poder ejecutivo, menos las concernientes al orden político y judicial...» (1). Para terminar estas indicaciones, recordaremos que el señor Santamaría define el Derecho administrativo como «la rama del Derecho referente a la organización, funciones y procedimientos del *Poder ejecutivo*, según la constitución para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida» (2).

5. *Tercero.*—Tratadistas que, para definir el Derecho administrativo, lo refieren a la *actividad del Estado*, ya sea de una manera implícita, en cuanto la exigencia de *una actividad del Estado* es un supuesto necesario del objeto propio atribuído al Derecho administrativo, ya de un modo explícito y claro, por incluír en el concepto del Derecho administrativo y en el de la Administración la noción esencial de *actividad de Estado* (sujeto *activo* del Derecho administrativo)—de *una* cierta actividad: la administrativa, o sea *actividad de tal naturaleza* o *para tal fin* o *servicio*.

---

(1) *Der. adm. esp.*, edic. de 1850. (Edic. de 1876, I, página 49.) En los *Elementos del Der. pol. y adm. de Esp.*, 7.ª edic., Madrid, 1887, define el Derecho administrativo aquella parte del Derecho público que regula la acción y competencia de las autoridades encargadas de *ejecutar* las leyes de interés común, y determina las relaciones del Estado con sus miembros, o los derechos y deberes recíprocos de la Administración y de los administrados», páginas 107-8. «El Poder legislativo delibera y la Administración *ejecuta*», página 101.

(2) *Curso* cit., 8.ª edic., pág. 38. Comp. Mellado, *Res. de Der. adm.*, y Cuesta, *Princ. de Der. adm.*

El punto de vista de la actividad del Estado se revela ya en muchas de las definiciones recogidas anteriormente: va supuesto en algunas concepciones legalistas, v. gr., en Batbie, que habla de «*acción* administrativa»; en Ducrocq, que se refiere al «*funcionamiento* de... organismos...»; en Colmeiro, que alude a «*relaciones* de la Administración y los administrados»; en Letelier, que hace referencia a «la *gerencia* de los intereses públicos...»; va también supuesto por modo necesario en la noción del Poder *ejecutivo* o de lo *ejecutivo* del segundo grupo de definiciones. Pero tal punto de vista se acentúa más y más, en aquellas concepciones que definen el Derecho administrativo señalando un objeto o contenido a la acción o actividad de la Administración: tal ocurre, v. gr., en las nociones antes copiadas de De Gioannis, Meucci, Goodnow y Santamaría, merced a sus alusiones «al *servicio* de los intereses públicos» (De Gioannis); a la «*realización* de los fines de utilidad pública» (Meucci); a los «*remedios para la violación* de los derechos» de los individuos (Goodnow); al «*cumplimiento* de la misión del Estado en la vida» (Santamaría). Igualmente se advierte el indicado punto de vista de la *actividad*—del Estado—en la concepción de Laferrière, según el cual el Derecho administrativo tiene dos objetivos: el uno, relativo al derecho y al *mecanismo* de los servicios públicos, una organización interna y especial, y el otro, a las *relaciones* de la Administración con los ciudadanos, para la *ejecución* de las leyes y de los decretos (1).

6. Mas era preciso que la noción de *actividad del*

---

(1) *Droit. publ. adm.*, 5.ª edic., pág. 378.

Estado—supuesto necesario de toda idea de Administración *del* o *por el Estado*, *en él* o *para él*—se convirtiese en *elemento* esencial del concepto de la Administración y del Derecho administrativo, ya que tal actividad es, en efecto, el *elemento* de la realidad del Estado, que se aspira a recoger, interpretar y definir. Toda administración es, en esencia, actividad con sujeto propio—aquí el Estado—: ¿cómo prescindir, en la determinación de lo administrativo, de esta exigencia real? A ella precisamente responde la tendencia que ahora consideramos, y merced a la cual se ha podido transformar la concepción pura y estrictamente *legalista* y empírica del Derecho administrativo, en una concepción amplia, intensamente JURÍDICA, y se ha logrado construír un *método* adecuado para llegar a la visión realista de la Administración del Estado, como conjunto de elementos muy diversos, pero sintéticamente unificados, en la noción positiva de *función* (1); la administración se concibe así como una

(1) He aquí cómo resume Ferraris la génesis de la tendencia a que nos referimos: «Mientras en Francia y en Italia no se salía del círculo estrecho de una disciplina empírica, hasta el punto de aceptar como distribución científica la práctica de las materias administrativas, según los Ministerios, en Alemania se procuraba crear un sistema orgánico de ciencias administrativas. El trabajo comenzó por la distinción entre el Poder ejecutivo y la verdadera y propia Administración.» (Véase *Saggi di Economia Statistica e Scienza dell'Amministrazione*, pág. 7, Turín, 1886.) Pero en este primer paso la Administración no se separaba por entero del Poder ejecutivo: se la conceptuaba todavía como éste, o bien se conceptuaba la Administración como objeto de dicho poder. Roberto Mohl (recuerda Holtzendorff: *Princ. de Pol.*) considera la Administración como «el conjunto de las provi-

manisfestación de actividad que se especializa en un sistema de funciones—operaciones de muy varia naturaleza—del Estado, y el Derecho administrativo se define como un derecho que integra el orden jurídico

---

dencias y acciones destinadas a aplicar en los casos concretos el contenido de la Constitución, y dirigir, de conformidad con ella, la vida entera del Estado». (Véase *Encyclop. d. Staatswis.*, pág. 150.) El escritor que provoca quizá la mayor transformación del concepto es Stein. «Otros más audaces, dice Ferraris, y más innovadores, como Stein, prescindían del Derecho administrativo para organizar tres disciplinas: la ciencia de la Hacienda, la del Ejército y la de la Administración propiamente dicha, la cual se divide en dos partes, una de las cuales expone la teoría del Poder ejecutivo, o sea del organismo administrativo del Estado, y la otra las materias y los objetos de la Administración, aparte de la Hacienda y del Ejército.» La concepción de Stein (véase *Handbuch des Verwaltungslehre*, vol. I, páginas 1 a 33) entraña una deducción de la Administración como una manifestación de la actividad del Estado; viene a ser la acción del Estado en relación concreta con sus fines: el *hacer* del Estado es administrar, y la Administración una actividad del Estado que concreta su voluntad y la *hace* efectiva—y eficaz. (Cons. Orlando: *Princ.*, pág. 281.) En análoga orientación está J. Meyer, para quien la Administración es «la *actividad* política dirigida a promover los intereses del Estado y del pueblo». (Véase *La Administración, su concepto, esencia y objeto*, pág. 33.) La noción de actividad se mantiene en las concepciones de Loening (administración es actividad del Estado para el cumplimiento de su fin. *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht.*, pág. 2); de Ullbrich (la administración es actividad dirigida a la gestión de negocios, intereses colectivos, que se derivan de la convivencia humana y encuentran su opresión *en los fines del Estado: Der Rechtsbegriff der Verwaltung* en la *Zeitschr. für das*

de esas funciones o actividades administrativas. Esta posición es la formulada muy clara y concretamente por Mayer cuando dice que «la administración es la actividad del Estado para la realidad de sus fines y bajo su orden jurídico» (1).

7. Puede, sin duda, afirmarse que el criterio más general dominante en los cultivadores del Derecho administrativo moderno, responde a la tendencia que, según acaba de indicarse, refiere esta rama *jurídica* a una *actividad* del Estado, la cual constituye el *objeto del Derecho administrativo, en cuanto tal actividad se somete a normas y contiene exigencias jurídicas.*

En efecto, la noción o el supuesto de la Administración como *una actividad* del Estado para *realizar fines, prestar servicios, gestionar intereses*, todo mediante *actos, operaciones* o *procedimientos* de una determinada naturaleza, se recoge explícitamente en las deficiones más diversas del Derecho administrativo.

En las doctrinas francesas la referencia de la actividad administrativa a las normas jurídicas que integran el Derecho administrativo se señala bien en las

---

privat und öff R., IX, páginas 1 y 2, citada por Orlando: *Trattato,* I, pág. 65, nota).

El punto de vista de la actividad es el predominante, como veremos entre los italianos modernos.

(1) *Le Droit. adm. allem.*, I, pág. 13. En mi *Introd.* a la trad. esp. de *La Administración y la Organización administrativa* de Meyer (1892) decía: «El Derecho administrativo abarca la Administración desde el punto y momento en que ésta es objeto del Derecho», es «la forma jurídica con que la función administrativa se revela en el Estado». Es el punto de vista de J. Meyer. (Véase ob. cit., pág. 124.)

concepciones de Berthélemy (1) y de Hauriou (2).

En las doctrinas alemanas ya se ha indicado la posición de Mohl y de Stein, de Loening y Ullbrich. Meyer, plenamente dentro de la misma *corriente*, concibe la Administración como la actividad del Estado enderezada al mantenimiento de la ordenación jurídica y al cuidado de los intereses públicos (3). Mayer pone expresamente la actividad del Estado en el corazón del Derecho administrativo: es este, dice, «en el sentido literal de la palabra, el derecho relativo a la Administración—la Administración es la actividad del Estado—. El Derecho y sus reglas siguen a la Admi-

---

(1) *Traité*, cit.: en la 2.ª edición dice que el Derecho administrativo es el «que *regula la acción* y la competencia de la Administración central, de las locales y de la jurisdicción administrativa» (pág. 1); en la 7, afirma que tiene por objeto el funcionamiento de la máquina gubernamental (pág. 2); «analiza (dice en la 8.ª edición) el mecanismo de la máquina gobierno (pág. 2), o bien el Derecho administrativo «es el conjunto de principios, según los cuales se ejerce la actividad» de la Administración» (pág. 1).

(2) *Précis*, cit. (6.ª edición, pág. 391). El Derecho administrativo, se dice, tiene por objeto *regular* el *goce* y el *ejercicio* de los *medios de acción* de las Administraciones públicas, consideradosen principio como derechos, en la actividad de gestión, y como poderes, en la de autoridad. «En principio, dice, el Derecho administrativo será todo derecho subjetivo, porque todo en principio se refiere al *funcionamiento* del *servicio* público, salvo, sin embargo, las cuestiones relativas a la organización de las Administraciones públicas y a la *disciplina* institucional que la organización entraña» (8.ª edición, pág. 113).

(3) *Lehrbuch des deuts. Verwaltungsrecht* (1913), párrafo 1, cit. en Orlando: *Trat.*, citado.

nistración dondequiera que manifieste su actividad. Llamamos derecho administrativo al *Derecho público propio de la Administración*» (1).

En Italia, Orlando es uno de los escritores más claramente orientados en el sentido que se indica: para él el Derecho administrativo es «el sistema de los principios que regulan la actividad del Estado para la realización de sus fines» (2). Señala Orlando a esta concepción importante antecedentes de gran autoridad entre los escritores italianos, recordando los nombres de Romagnosi (3) y Manna (4). El punto de vista

---

(1) Ob. cit. I, págs. 15-21.

(2) Véase *Princ.*, pág. 10. Estima el autor que su definición en su idea generalísima coincide, aunque ofreciendo diferencias notables, si bien en puntos especiales, con las de Loening. J. Meyer, Ullbrich, Laband, Mayer, Rocco, Romano y Posada dice. (Véase *Princ.*, pág. 10, nota 1.) En el *Tratado* (t. I) confirma y amplía la indicación hecha y estima que el concepto de la función administrativa por mí desarrollado en el estudio de la *Revue du Droit public*, III, 1, pág. 229, sobre *La fonction administrative de l'État*, coincide con la suya, aunque «no faltan graves diferencias en puntos especiales».

(3) «Recordaremos, dice, la opinión de quienes atribuyen a Romagnosi el mérito de haber señalado, a propósito de la noción de la Administración pública, «los conceptos que existen alrededor del asunto: el total sistema de que forma parte: *el fin del Estado*, que es el interés de todo el cuerpo político, aparte del interés de los particulares: toda la *actividad* o acción del Estado encaminada a la consecución del fin: *la razón pública*» (§ 3 de los *Principii fundamentali di diritto amm.*, 1844). Véase Tommasini, *La nozione del Dirit. amm. nell' op. di Romagnosi*, pág. 6; Orlando, *Trat.*, I, pág. 64.

(4) Este autor, dice Orlando, «establece ante todo los su-

de la actividad del Estado, se mantiene también, entre otros por Loris, Santi Romano y Ranelletti. Loris afirma que el Derecho administrativo es parte del Derecho público, que comprende los principios que regulan la actividad jurídica y social del Estado para la realización de sus fines (1). Según Santi Romano, el Derecho administrativo «es una rama del Derecho público; su concepto presupone el de la Administración del Estado, realizada por éste directamente o por medio de entidades públicas menores»; por otra parte, estima que la función administrativa «consiste en la *actividad* concreta con la cual el Estado persigue sus propios intereses, obedeciendo, o en los límites del derecho precedente o contemporáneamente establecido» (2), y, por último, define el Derecho administrativo como «el conjunto de los principios de Derecho público que regulan la actividad concreta con la cual el Estado y las demás entidades públicas persiguen sus

---

puestos de la ciencia de la Administración, deduciendo la idea del Estado del fin de la *conservación del derecho*. Y mientras la definición del Derecho administrativo resulta del concepto mismo de la Administración, nuestro autor huye de las influencias dominantes de la teoría de Montesquieu, no admitiendo que el concepto de la Administración pueda reducirse a «significar únicamente el ejercicio del Poder ejecutivo»... Manna, en el acto mismo de la definición (de la Administración) procede sin más al análisis de los varios momentos en que se descompone la actividad del Estado: un momento de concentración, de inteligencia y de fuerza, capaz de proporcionar los *medios* para atender a la realización de los fines» *(Administración del Estado*, según el autor.*)* Orlando, *Trat.*, I, págs. 64-65.

(1) Loris: *Dir. amm.*, pág. 45.

(2) *Prin. di Dirit. amm.*, págs. 1-2.

propios intereses» (1). Ranelletti llega al concepto de la Administración mediante un amplio y rico análisis de la actividad del Estado, como *Legislación*, como *Jurisdicción* y como *Administración*: la Legislación y la Jurisdicción «no pueden agotar la actividad del Estado, porque, con ellas sólo, éste no podría provocar la propia organización, ni alcanzar los propios fines» (2); «toda la actividad externa e interna, jurídica o no, que tiene por objeto *provocar la necesidad*, sea del Estado, como unidad en sí, ya del pueblo, esto es, en general, satisfacer los intereses colectivos que se comprenden entre los fines del Estado, es *administración* en sentido material y objetivo» (3); el Derecho administrativo reviste para Ranelletti un carácter estricto, en virtud del cual no puede tener por base el «concepto material de administración» (4). El Derecho ad-

(1) *Princ. di Dirit. amm.*, pág. 6.

(2) Idem, I, pág. 263.

(3) Idem, I, pág. 267.

(4) Idem, I, págs. 499 y siguientes. «El Derecho administrativo no pudo ser concebido como el Derecho de la Administración del Estado, sea cual fuere el órgano legislativo, jurisdiccional, administrativo, que ejerza tal actividad.» Por virtud de las condiciones y circunstancias del desarrollo histórico, se redujo el Derecho administrativo a «la norma de ordenación y de la acción del Poder ejecutivo...», o sea «la norma de la Administración en sentido subjetivo, esto es, de los órganos administrativos, a los que, según el principio de la división de poderes..., debe corresponder la actividad de la Administración en sentido material», «como ejecución de leyes». Abandonado el principio riguroso de la división de los poderes, se presenta «la noción del Derecho administrativo, como la norma de los órganos administrativos en su organización y en toda su actividad, de legislación, jurisdicción y administración». (Idem, págs. 409-500.)

ministrativo, dice, es la parte del público interno «que regula la organización de la Administración pública en sentido subjetivo, su actividad pública y las relaciones que de ahí se originan» (1).

En España, entre los más modernos tratadistas, al definir la Administración y el Derecho administrativo, predomina el punto de vista de la actividad del Estado desarrollado por nosotros desde que comenzamos a trabajar en la sistematización de esta rama jurídica (2); es el punto de vista indicado en la doctrina de las funciones del Estado de Giner (3), y se mantie-

---

(1) Ranelletti. (Idem, I, pág. 500.)

(2) Véase nuestro *Programa de Elementos de Derecho político y administrativo español* (1883), *Introducción* a la trad. esp. de *La Administración y la organización administrativa*, de J. Meyer (1893), cap. I. *Ideas recientes acerca de la Administración del Estado* (*La Administración española:* 1894, núm. 2), *La fonction administrative de l'Etat* (*Revue du Droit public*, págs. 289 y sigs. marzo-abril: París, 1896). Inspírase nuestra orientación en la doctrina de la división de funciones del Estado, esbozada por Giner en el programa de *Política general*, recogido en *Estudios jurídicos y políticos* (Madrid, 1875); Giner considera como elementos del Estado la *actividad* y la *forma:* el análisis de la actividad descubre las funciones del Estado, que son: 1.ª, para el propio fin del Estado; el derecho; 2.ª, con relación a las diversas esferas de la vida; 3.ª, en relación a sí propio, como fin también de su actividad (la *Administración* del Estado). La doctrina de las funciones del Estado la desarrollamos en el *Trat. de Derecho pol.* tomo I, lib. VI, cap. III, y la doctrina especial de la función administrativa en la primera edición de este Tratado (1897), tomando como base los trabajos de Stein, Orlando, Ferraris (1893).

(3) Véase nota anterior.

ne en las definiciones de Royo Villanova y Gascón y y Marín. Según Royo Villanova, el Derecho administrativo es «el conjunto de principios jurídicos que regulan la actividad del Estado y la de todas aquellas entidades en cuanto se proponen la realización de fines de interés público» (1); por último, Gascón y Marín, en su reciente obra, sostiene que el Derecho administrativo «estudia el conjunto de normas y reglas relativas a la actividad encaminada a la realización de los fines de interés general» (2).

8. Considerando de una manera general la evolución del concepto del *Derecho administrativo*—paralelamente con el de la *Administración*—, destácanse, pues, las tres posiciones que han servido de criterio para la clasificación de las doctrinas, y las cuales, como se ha visto, revelan el respectivo predominio en cada una de distintas maneras de concebir el *objeto* propio den uestra disciplina, en la relación *formal* político-jurídica, ya en la del *contenido*, el fin de la Administración.

En la primera posición, el Derecho administrativo es *formalmente* norma objetiva, conjunto de leyes, legislación administrativa (Posada Herrera), o disposiciones administrativas (Letelier) relativas a los «actos administrativos» (Vivien), a la «organización de la Administración» (De Gioannis), al funcionamiento..... del Poder ejecutivo» (Ducroq), a la «gerencia de los intereses públicos» (Letelier) o determinantes de «la competencia de las Autoridades encargadas de las

---

(1) Véase *Elem. de Dr. adm.* (4.ª edic., 1915), pág. 9. Comp. Güenechea, *Ens. d. D. A.*, I, p. 15. V. Fernández de Velasco, Ob. cit.

(2) *Der adm.*, I, p. 66.

diversas partes de la Administración pública» (Oliván), o bien reguladores de los «derechos de las partes en relación con la acción administrativa» (Batbie) o de las «relaciones de la Administración con las administradas» (Colmeiro, Letelier); a veces se indica el carácter doctrinal de esta rama jurídica, definiéndola como «conjunto de principios y reglas.....», dice Ducrocq, o bien «doctrinas.....», según Ortiz de Zúñiga, derivadas ya «de las leyes de interés general» (Ducrocq), ya de la de «leyes y disposiciones relativas a la Administración» (Ortiz de Zúñiga). En esta concepción *legalista* predomina el punto de vista *formal* de la ley—norma—: el Derecho administrativo es norma, regla, ley, manifestación expresa del poder legítimo regulador y ordenador de *actos*, de *estructuras*, de *funcionamientos*, de *gerencias*, de *competencias*, de *relaciones* que tiene un *sujeto* común: la Administración pública, la cual a su vez tiene como sujeto o agente el Poder ejecutivo, la Autoridad, la organización administrativa, el gobierno, quizá. Es decir, en esta primera concepción el Derecho administrativo es regulación u ordenación, según leyes positivas, de la acción del Estado o de sus representantes y agentes, en una cierta esfera, aquella en la cual el Estado se relaciona directa y constantemente con la vida social, los intereses generales y los individuos en cuanto miembros de la comunidad política («administrados», «gobernados»).

Adolece la concepción legalista de serios defectos: basada en la pura noción empírica de la ley o norma positiva, prescinde del criterio necesario, indispensable, para diferenciar científicamente, según ideas y según interpretación de la realidad del Estado, una rama jurídica. «La ley—dice Orlando—supone ya el

sistema científico del Derecho; no es el sistema jurídico el que supone la ley». El criterio legalista parece dar por admitido que la ley es la que proporción la *materia* al teórico del Derecho administrativo; pero —añade Orlando—«si el criterio metódico se reduce exclusivamente a atenerse al comentario de la ley positiva, no tendremos una ciencia del Derecho, sino una árida casuística, en la cual, en lugar del principio, está la disposición legislativa, que equipara con mecanismo brutal los más elevados problemas del Derecho administrativo a las más humildes providencias del reglamentarismo burocrático (1). En las disposiciones que señalan como *fuente* esencial y como *forma* única el Derecho administrativo, la ley—norma, disposición—se determina y diferencia ésta refiriéndola a una finalidad, a un objeto: la Administración, los actos administrativos, la organización de la Administración.....; pero, aparte la vaguedad de las expresiones empleadas, se deja al legislador—sentido estricto—la función de fijar jurídica y doctrinalmente el objetivo de esta rama del Derecho, la cual será en cada caso y momento lo que la ley disponga. Y aun suponiendo, con Jèze, que todo Derecho es Derecho de un país, y de un momento dado—Derecho *positivo* diríamos—y consiste en «el conjunto de reglas de conducta social que la mayoría de los hombres de ese país y de esa época estiman justas y socialmente útiles» (2), esas reglas no son precisamente las normas definidas empíricamente por el legislador, sino—dice Jèze—las que «son *efectivamente* aplicadas por los *prácticos* y por los *Tribunales*», «reglas que

(1) Orlando: *Princ.*, pág. 4.
(2) Idem, pág. 4.

tengan un valor y una fuerza social»; así—añade—, «una obra de Derecho debe contener la exposición de las reglas que el legislador, la opinión pública de los juristas, y en particular la opinión de los Tribunales, declaran en un país dado, en un momento dado, útiles y justas» (1).

Es decir, según Jèze, que el Derecho administrativo no lo define tanto la ley como la *práctica jurídica*, y que al lado, cuando no por encima de la norma legislativa estricta, debe colocarse la acción interpretativa y *creadora* de la jurisprudencia y la función *crítica, constructiva* (e inquietadora) del teórico, ya que la tarea de éste, como el propio Jèze advierte, no se reduce «a recoger hechos, clasificarlos y aplicarlos», sino que debe hacer lo que llama la «síntesis crítica», la cual, aun realizada con todas las precauciones del *realismo* más extremado abre la puerta a la función iluminadora del filósofo del Derecho en el más amplio sentido. A nuestro juicio, el punto de vista de Jèze es todavía estricto con exceso: el Derecho administrativo, aun el *positivo*, es decir, el de «un país dado, en una época dada», no es sólo obra de la opinión pública, de los juristas y de los Tribunales; al lado de la ley, de la doctrina del jurista crítico y de la jurisprudencia

---

(1) «Entiendo con esto—añade Jèze—que corresponde al teórico, no sólo mostrar, bajo la aparente diversidad de las soluciones de detalle, los *principios* de que no son en realidad sino aplicaciones, sino también investigar en qué medida tal o cual principio práctico, en un país dado, en un momento dado, está conforme con los demás principios jurídicos, y corresponde al sentimiento de justicia *relativa* de la época y del medio, a las necesidades sociales económicas políticas». (Id , pág. 5.ª)

cia, funciona la acción callada y soberana de la *costumbre*, y la no menos eficaz de las ideas y de la ciencia como filosofía que analiza y descubre, mediante la interpretación de la realidad sobre que actúa, los elementos esenciales del Derecho y de sus instituciones. Todo hace falta—ley, costumbres, jurisprudencia, doctrinas, filosofía—en la construcción científica del Derecho administrativo, la cual pide ante todo la determinación de la noción que diferencia específicamente esta rama jurídica, a saber: el elemento distintivo que hace en este caso, como en los demás análogos, del *Derecho* una expresión especial: aquí la de Derecho *administrativo*.

Hay en la concepción legalista estricta indicaciones utilizables y utilizadas, en efecto, en el proceso de elaboración del Derecho administrativo, a saber: 1.ª El supuesto, según el cual la Administración es acción, acción administradora del Estado; 2.ª La alusión, más o menos explícita, a una *finalidad* especial de esa acción administrativa, y 3.ª La noción latente en todas las definiciones de la sumisión a normas jurídicas—las leyes—de la acción administrativa, naturalmente *del Estado*, acción realizada mediante sus órganos: Autoridad, Organización, Poder ejecutivo.

9. En la segunda posición, de las tres que señalamos en la evolución doctrinal del Derecho administrativo, revélase sobre todo el influjo del proceso estructural del régimen constitucional. En efecto: en la concepción elaborada, la Administración —contenido y objeto del Derecho administrativo — viene a ser la acción o actividad del Estado, históricamente estructurada, merced a una diferenciación de funciones y a una especialización de instituciones en el *Poder ejecutivo*, y en cuanto éste se distingue o separa del *le-*

gislativo y del *judicial*. Se trata, sin duda, de una determinación histórica y política que se produce en el momentos en que se define el régimen constitucional como un régimen de división y hasta de separación de poderes, división, por lo demás (1), que jamás ha logrado una expresión constitucional real, exacta —*cada* función en *su* órgano—, por oponerse a ello la naturaleza misma, orgánica, flexible, del Estado, y su indestructible unidad mantenida por la intercomunicación íntima de sus diversas funciones. La vida real

---

(1) «En su mismo origen—dice Ranelletti—, en el Derecho francés, después de la Revolución y del Gobierno napoleónico, que sobre la base de la teoría de la división de los Poderes, entonces dominante, quisieron organizar vigorosamente el «Poder ejecutivo» como la fuerza central del Estado, fuerza de orden y de cohesión social, tanto más necesario en una sociedad como la francesa, profundamente perturbada por la gran Revolución, el Derecho administrativo, unido a aquel Poder se consideró como la norma de la ordenación y de la acción del Poder ejecutivo. Y esta idea aparece como idea común de la gran mayoría de los escritores franceses e italianos, que en la definición del Derecho administrativo recogen el elemento de *poder ejecutivo*, como el encargado de la ejecución de las leyes, y (más tarde, se añade) del servicio de los intereses públicos. Se considera, pues, el Derecho administrativo como la norma de la Administración en sentido subjetivo, esto es, de los órganos administrativos...» (Ranelletti, ob. cit., I, pág. 500, núm. 287). Más que un sentido subjetivo, domina en la concepción de que se trata una preocupación o prejuicio *estructural*, y, en su virtud, se atiende, para fijar el objeto del Derecho administrativo, a la *estructura* del gobierno del Estado, más que al contenido funcional de los órganos que constituyen la estructura.

de los Estados constitucionales es una constante y varia rectificación de la *separación* y *división* de sus funciones esenciales en una estructura cristalizada en *a*) un *legislativo*—que legisla, y no más, y solo él —; *b*) un *ejecutivo*—aparte del *legislativo*, y que sólo *ejecuta* (?)—, siendo él la condensación de toda la *acción ejecutiva* del Estado, y además totalmente separado del *judicial*, y *c*) un *judicial* que absorbe toda la *jurisdicción* contenciosa o, mejor, todo lo *judicial* del Estado, no siendo sino eso, *judicial*.

Esta concepción, como indicamos, tiene, sobre todo, un valor histórico, circunstancial, formal y estricto, explicable en atención a que la Administración, es decir, las tareas del Estado—del Poder público, de las autoridades y agentes—, que se consideran administrativas, y a que aluden las mismas definiciones —verbigracia, de Vivien, Hauriou, Meucci, Di Bernardo, Escriche y Colmeiro—, se han venido atribuyendo, en la diferenciación *estructural* de las instituciones y Poderes, al llamado *ejecutivo*. La noción del Derecho administrativo, en esta concepción, se resume en la idea sostenida por Roesler (1), según la cual aquél contiene el ordenamiento jurídico de la actividad del Poder ejecutivo, idea, por lo demás, bien explicada, en la noción legalista de Ducrocq y en las definiciones copiadas de Berthélemy, Meucci, Di Bernardo, Colmeiro y Santamaría, y que habrá de desarrollarse al intensificar la significación jurídica del régimen administrativo como régimen de un Estado sometido al derecho—Estado jurídico—. *Rechtstaat, Rule of law* (2).

---

(1) *Lehrb. d. deust. Verwaltungsr.* (Erlanger, 1871).

(2) Véase Radbruch, ob. cit.; Jèze, ob. cit., Hauriou, ob. cit; Dicey, ob. cit.

Pero aun prescindiendo del valor real y científico de la doctrina de la división de los Poderes, nada más equívoco e inexacto que el término Poder *ejecutivo*, o simplemente *lo ejecutivo*, para señalar o designar lo *administrativo* en el Estado, y el objeto o *contenido* del *Derecho administrativo*. «Semejante concepto—el del Poder ejecutivo—implica, ante todo, un vicio lógico, toda vez que pone como elemento de una definición un término que por sí mismo no es claro ni definido» (1). En efecto, ¿cómo determinar hoy ni funcional ni estructuralmente el Poder *ejecutivo?* ¿Es el *gobierno?* ¿Es la acción concreta y opuesta, o complementaria de la Ley? ¿Se pueden explicar como *ejecución* de leyes las funciones *legislativas* de los órganos del ejecutivo? ¿Dónde acaba el legislador y empieza el Poder ejecutivo? El legislativo, ¿no realiza actos administrativos, verbigracia, una ley o plan de carreteras, un *bill* privado inglés? Cabe distinguir en la vida del Estado el momento legislativo—declaración de normas o decisiones—y el de la actuación concreta, realización práctica de normas o decisiones; cabe, además, una clasificación de los *actos* del Estado, según su naturaleza, verbigracia actos normativos o declarativos de normas, de situaciones definidoras de derecho o de *acción directa* (Hauriou); pero ¿cómo determinar, respectivamente, estos actos por el órgano que los realiza? Además, ¿no se *administra* en el Estado sino en función de *ejecución* de la ley? La noción de *ejecución* de la Ley para definir la función administrativa, escribe Hauriou, «no es ni clara ni precisa». De un lado, la Administración no está encargada de la ejecución de

---

(1) Orlando, *Princ.*, pág. 5.

todas las leyes: no está encargada de la ejecución de las leyes del Derecho privado. Por otra parte, en lo que toca a la ejecución de las leyes del llamado Derecho público, o, a lo menos, con relación a la policía y a los servicios públicos, es verdad que la Administración está encargada de ejecutarlas haciendo funcionar los servicios; pero, entonces, su verdadero objeto ¿no es el de regir—administrar—los servicios públicos creados por las leyes, más bien que ejecutar leyes, de lo cual resulte el funcionamiento de los servicios?» (1). Y ¿no hay en el Estado otras manifestaciones administrativas que las atribuídas a los *órganos* del *ejecutivo?*

«Sin duda que, de todos los poderes del Estado, el que principalmente sirve a los fines que constituyen el objeto del Derecho administrativo es el Poder ejecutivo. Pero no es el único; y, por otra parte, cuando consideramos la actividad del Estado, es peligroso atribuírla desorgánicamente a un Poder, el cual ejerce sus atribuciones siempre en conexión con la unidad del Estado, de donde viene su autoridad» (2). Considerada la estructura administrativa de cualquier Estado nacional moderno, federal o unitario, la acción que tiene en tal estructura su instrumental—instituciones, funcionarios, agentes, corporaciones, establecimientos, etc.—, no cabe en la noción estricta del *ejecutivo:* todo el instrumental que se concreta en las instituciones de autonomía—corporaciones locales, representativas de intereses y opiniones distintos; institutos especiales autónomos: universidades, establecimientos benéficos, servicios descentralizados, ges-

(1) *Princ.*, ob. cit. (8.ª edición, pág. 9).
(2) Orlando. *Princ.*, pág. 6.

tión de intereses sociales—, ¿pueden integrarse en un Poder ejecutivo? ¿Es *el ejecutivo* quien actúa por ellas? «La idea de *Administración,* escribe Orlando, tiene un contenido bien distinto del de la de *Poder ejecutivo,* en cuanto la primera, si bien considera un lado especial de la vida del Estado, no por eso admite una distinción efectiva de órganos pertenecientes a la Administración; antes bien, en la idea de Administración se supone siempre al Estado en la plenitud de sus atribuciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales» (1). ¿Cómo, en efecto, estimar función *ejecutiva* la *jurisdicción administrativa*, que toma las formas y produce los efectos de la contenciosa *(judicial,* en esencia)? (2).

Pero, aparte los reparos formulados, es innegable que la concepción de la Administración, como *función del ejecutivo,* en la práctica de la división institucional

---

(1) Orlando, *Trat.*, I, páginas 56-57, nota 2: «La Administración, aunque expresa la acción propia en el momento ejecutivo del acto, *ab administrando,* que significa el hacer, y se opone al de *formación,* de *estatuir,* de *deliberación*, sin embargo, no se opone sino en sentido relativo y constitucional, no exclusivo y absoluto. La Administración, aunque sea pura acción cuando se pone en antítesis con el formarse del Estado *(constitución)* y con el estatuir *(legislación)* y el juzgar (*jurisdicción*), sin embargo, una vez destacada de estas funciones, en su desenvolvimiento no excluye el momento deliberativo ni el constitucional, casi por la misma ley biológica y sociológica por la cual las subespecies o los individuos reproducen los mismos desenvolvimientos de las especies.» Meucci, ob. cit., pág. 2; en Orlando, id.

(2) Véase Duguit: *Traité de Droit const.,* párrafos 33 a 54; habla de funciones jurídicas: legislativa, administrativa y jurisdiccional.

de los Poderes del Estado, responde a una imposición del proceso histórico constitucional: históricamente, la Administración del Estado—*pública* se dice—se produce en la vida política y social moderna, como una consecuencia de la diferenciación *estructural* de funciones reales del Estado en Poderes, o sea en instituciones distintas, sobre todo en los países de régimen absolutista y centralizado, creadores del Derecho administrativo en sentido estricto. Se forma y desarrolla la Administración como atribución, dependencia, función expansiva del Poder ejecutivo *separado* (?) del legislativo y del judicial, y el Derecho administrativo se elabora como un esfuerzo del espíritu jurídico, creador del régimen constitucional como régimen del Estado sometido al derecho: viene a «constitucionalizar» las manifestaciones de la Autoridad realizables por el Poder ejectivo, como depositario de la *fuerza coactiva*, órgano del *Gobierno* y encargado de actuar *directamente* en formas libres, discrecionales—¿arbitrarias? - y de mando (1). Por otra parte, la concepción de que se trata ha servido: 1.°, para definir subjetivamente la Administración merced a la determinación estructural de un órgano o conjunto de órganos administrativos, aun cuando tal determinación fuera rectificable; 2.°, para determinar objetivamente el contenido o finalidad de la Administración alrededor de

(1) Estima Radbruch (ob. cit., pág. 106) que en la aproximación de la Administración pública a la Administración de justicia (aplicación de la ley) y en el movimiento desde el extremo de la actuación del Estado, libre de toda traba jurídica, hacia el otro extremo de la pura aplicación del Derecho, está el origen del Derecho administrativo en el siglo pasado.

las nociones inspiradoras de la acción del ejecutivo: orden público, intereses generales o públicos, servicios públicos, etc.; 3.°, para procurar la construcción de una *personalidad visible y concreta* de la Administración, en cuanto al Ejecutivo—sus representantes, funcionarios y agentes—constituído en organización jerarquizada, recoge, centra y realiza la actividad administrativa más diferenciada, y al actuar ofrece el sujeto adecuada para todo un orden de *relaciones* y de *responsabilidades*, facilitando así la elaboración de una técnica *política* y *jurídica* de la Administración y la sumisión de ésta a normas de *derecho* y a exigencias *éticas*.

10. En la última posición de las tres que se han expuesto se trata de rehacer la idea de la Administración y del Derecho administrativo, venciendo o reedificando las limitaciones de la concepción legalista, y las incongruencias de la concepción basada en la noción tan equívoca y estuctural del Ejecutivo, mediante el análisis realista de la *actividad* del Estado, sujeto natural y razón de todo acto administrativo, que se definirá por *su fin*, y de toda relación jurídico-administrativa.

Explican e imponen esa posición:

1.° La intensificación del sentido o espíritu jurídico en la vida del Estado, que no se satisface con la fórmula legislativa como fuente exclusiva del derecho administrativo y determinante de la materia propia de la Administración: la función de la ley es limitada, no crea el Derecho, que tiene otras manifestaciones y que toma su contenido de la vida real, y se define por la noción del *fin;*

2.° La quiebra de la doctrina de la división de Poderes, que se sustituye con la doctrina de la distinción de

funciones, la cual exige una noción y comprensión de la actividad del Estado, diferenciable merced a la misma noción del *fin*, y

3.º La creciente preocupación del *fin* en la política y en el proceso ideológico del Estado.

Se propende, sin duda, bajo la acción de esos influjos, a determinar y definir la Administración del Estado como una *función* de éste, o sea como una manifestación de su *actividad*, especializada a causa del fin o fines que, mediante ella, se cumplen. El *Derecho administrativo* viene a ser, por tal modo, el derecho aplicable en el desarrollo *jurídico*, práctico, de esa actividad especializada, y el cual revistará las *formas*, empleará los *métodos y procedimientos*, creará las *situaciones*, regulará las *relaciones* y *actos*, resolverá los *problemas* o *contiendas* y vencerá las *dificultades* que entraña el funcionamiento efectivo de la actividad administrativa del Estado.

§ 3.º *La actividad y las funciones del Estado. La función administrativa.*

1. De acuerdo con las indicaciones expuestas en el párrafo anterior, consideramos que el método adecuado para la determinación y definición de la Administración y del Derecho administrativo exige un análisis de la actividad del Estado: sólo un análisis realista de las manifestaciones o direcciones de esta actividad puede, en efecto, llevarnos a diferenciar y definir la que se concreta en las tareas, operaciones o gestiones en que consista la administración, y sólo tal análisis nos permitirá conocer si la Administración del Estado es una actividad distinta y con suficiente relieve para constituír una función aparte, con caracteres propios y condiciones tales, que hagan de ella una función específica y susceptible de estructurarse en una organización jurídicamente autónoma, aunque, naturalmente, contenida en el sistema general del derecho del Estado respectivo.

2. El *Estado* es *esencialmente actividad*. Estado, sin actividad *propia*, no se concibe, no es Estado: independientemente de sí este es un organismo—natural o psíquico—, una entidad distinta, o la mera agrupación gobernante, es evidente que su existencia real se revela merced a una *actividad* que reputamos *suya* —sea cual fuere su naturaleza sociológica—, actividad se manifiesta en los movimientos necesarios para que se cumpla el *fin* que mediante el Estado y en él se trata

de realizar (1). Y esta actividad es *una,* con el sujeto de quién es, y en consonancia con la *unidad* de vida de la comunidad o grupo social-político que constituye el ser propio del Estado. Considerada la actividad del Estado en su realización efectiva, práctica y continua, y como energía que se produce natural y necesariamente en un movimiento suscitado y mantenido por la atracción del fin, se define como *verdadera función.* Pero esa actividad o función no es *simple:* el análisis de la misma descubre una variedad o diversidad de manifestaciones que se concretan constantemente en un conjunto de operaciones *simultáneas*, diferenciadas intensamente en series *sucesivas* de movimientos relacionados, de procesos exigidos por las diferentes posiciones en que el Estado se encuentra colocado frente a su *fin*, en su vida de relación, y con respecto a las necesidades de su propio sostenimiento y para hacer efectiva su acción conservadora, enderezada a

---

(1) Véase mi *Teoría del Estado (Trat. de Der. pol.,* I), vol. II, lib. VI. «El Estado—dice Gerber—es una comunidad dotada de una fuerza interna, de una vida propia e independiente, y en modo alguno una comunidad movida como un mecanismo por una fuerza exterior.» *(Grundzüge des deutschen Staats rechts*, pág. 219, tercera edic.) Leipzig, 1880. Al afirmar que el Estado es actividad, no quiere decirse que el Estado sea fuerza—potencia—, en el sentido, por ejemplo, de Treitschke *(Der Staat ist Macht.* V. su *Politik):* una cosa es la actividad del Estado, personalidad moral, para realizar sus fines, y otra la fuerza material—potencia—, que toma su valor, como fuerza política, merced a la significación ética del Estado mismo: fuerza al servicio del derecho, dignificada y espiritualizada por él. (V. nuestro prólogo de la segunda edición del *Trat. de Der. pol.* Ampliaremos la doctrina en nuestro estudio *L'Etat.*)

la obtención de los medios precisos para el desempeño de los servicios que está llamado a gestionar o a prestar (1). Y no se formula con esto una doctrina general, abstracta y caprichosa: la indicación hecha resume una consideración realista de los mismos Estados históricos. En efecto: si, prescindiendo de la estructura formal de los *gobiernos* de estos Estados, se analizan las direcciones que necesariamente se deducen de las condiciones en que en ellos se manifiesta la actividad, se advertirá que, sin romper la unidad superior de los mismos, se produce simultáneamente, en cada uno y en un régimen de armonía más o menos construída, una diversidad de direcciones funcionales, cuya realización reflexiva y específica constituye la misión de los distintos órganos que forman el *gobierno*, en su sentido más amplio, como conjunto o sistema de magistratura, institución, funcionarios, representantes, agentes... Y ¿cuáles son esas direcciones distintas, diferenciadas o diferenciables de la actividad *una* del Estado? El análisis realista a que nos venimos refiriendo nos lo dirá.

3. En primer término se descubre la actividad propia del Estado, encaminada directa y necesariamente a la realización de su fin: es esta una actividad *permanente* y de *inmediata* determinación. El Estado tiene su justificación racional y su explicación histórica en la necesidad de atender, mediante la aplicación de sus energías sociales, al establecimiento de un orden de derecho de un régimen de justicia: vive—*debe* vivir—por y para el Derecho. Concebido el Derecho como condición formal de la vida racional, se elabora

(1) Pueden verse los antecedentes de esta doctrina en mi *Trat. de Derc. pol.*, vol. II, páginas 228 y siguientes.

y se realiza en la esfera política mediante la constitución de la Sociedad en verdadero *Estado jurídico*, es decir, en núcleo espiritual capaz de producir, merced a un incesante proceso de reacciones *éticas* y a una incesante labor de *valoraciones* y *estimaciones*, un sistema y orden de relaciones jurídicas. Todo Estado puede así explicarse como un esfuerzo para establecer en el medio social un *imperio* de normas, y consiguientemente un *orden*, aun cuando históricamente cambie la significación ética de ese *imperio*, que a menudo *es* un puro régimen de imposición o de fuerza. Elevándonos a una interpretación *ideal* de los Estados reales, se define *el Estado* como la sociedad—la suya - , constituída y organizada para actuar sobre la vida humana, que forma su núcleo y en las relaciones de éste, mediante el Derecho, o sea elaborando una conducta para sí y para los suyos, según las exigencias y normas que formula en relación de dependencia con el ideal de su cultura, civilización (1), y que procura hacer efectivas con los medios adecuados.

Esta *acción* sobre la sociedad—sobre el hombre—*mediante el Derecho*, que constituye la misión o fin real del Estado, genera la primera manifestación de su actividad, según queda indicado; pero no se expli-

---

(1) Definimos el ideal de cultura—esencia espiritual de la vida: civilización—como la síntesis, que cada pueblo elabora, de reacciones éticas y de estimaciones de valor estético, económico y jurídico. La acción vivificadora de esta síntesis—dinámica—, en el fondo de la conciencia colectiva, es lo que denominamos el *flúido ético*, generador íntimo del derecho, fondo y esencia del mismo. (V. mi *Tratado de Der. pol.*, tomo I, lib. II, y mi *Estudio preliminar a La transf. del Estado*, de Duguit.)

ca ni comprende tal manifestación con lo expuesto. El desarrollo de la actividad *jurídica* por el Estado se efectúa merced a un doble proceso, determinado, de una parte, por la naturaleza de la misma sociedad-Estado, y de otra, por la naturaleza propia del Derecho.

La sociedad-Estado elabora *su* derecho. Ante todo, merced al movimiento total y general de la misma, en la medida en que el núcleo constituído—como Estado—es capaz de actuar colectivamente, y hasta donde la conciencia social—difusa—logre reaccionar con propio impulso, para producir la necesaria actividad jurídica. La realidad y eficacia de esta fundamental manifestación de la actividad—jurídica—del Estado se revela ostensiblemente, y se condensa en las *costumbres*, en las *tradiciones* y en todas las formas del *hacer espontáneo* de la masa social, al acomodarse a las exigencias de la vida. La condensación general y a la vez definida de este *hacer jurídico espontáneo* es el *derecho consuetudinario*, con la fuerza impositiva de sus normas que, en efecto, *se viven*: el órgano o expresión natural, indeterminada, flotante, flexible, pero con acción decisiva, de la acción espontánea de la sociedad como Estado es *la opinión pública*. Mas la actividad jurídica del Estado no se agota en esas manifestaciones primarias, espontáneas, del todo—núcleo—social: una ley sociológica (1) parece imponer aquí, como en todos los órdenes de la vida humana, la diferenciación interna de la actividad jurídica, con la especialización de las manifestaciones de dicha actividad, resultantes de aquella diferenciación: adviértese en el mundo del Derecho y del Estado el fenómeno general de la economía natural de la especificación de funciones—divi-

(1) V. Giner, *Filosofía y Sociología.*

sión funcional del trabajo—, y así, al lado de la acción total espontánea de la sociedad-Estado, generadora del derecho consuetudinario y de las normas sin fórmula elaborada expresa y reflexivamente, prodúcese la acción especializada de elementos receptores y directivos, que, por reacción psíquica, recogen el movimiento total o lo suscitan, encauzando la marcha del sentir general y condensando en *fórmulas* expresas, o en *decisiones* definidas, o en *actos* determinados, las aspiraciones sociales, elaborando así, con reflexión y hasta con *arte*, una actividad jurídica específica. El *gobierno*, en su sentido amplio, es el llamado a realizar las diversas operaciones que suponen o exigen preparación, elaboración y desarrollo efectivo de esta actividad jurídica, reflexiva, especializada y específica.

4. La realización positiva del fin jurídico por el Estado, que ahora se ha estudiado en un aspecto que llamaremos sociológico, debe además considerarse desde el punto de vista de la naturaleza propia del Derecho. La realización del Derecho en y por el Estado, como función esencial de éste, se produce en una serie de *momentos* distintos, en relación con las distintas *operaciones* o *fases*—sucesivas—, cuya síntesis constituye el *orden jurídico*, objeto de todo *derecho positivo* (1): son tres estas *operaciones o fases sucesivas del proceso*, a saber:

1.ª La operación o fase *definidora del Derecho*, en cuanto éste es la *forma racional de la conducta en la*

(1) Me limito a resumir aquí una doctrina esbozada en la primera edición de este TRATADO, y desarrollaré con mayor amplitud en la segunda edición de mi *Derecho político*, I, vol. 2.°, páginas 226 y sigs.

vida: ¿cuál es la forma que en cada momento y caso se estima racional?; he ahí el problema esencial del Derecho: su solución comprende dos momentos: *a*) el del *reconocimiento* por el sujeto—la sociedad-Estado—de la necesidad de una conducta dada bajo la atracción del fin; *b*) el de la determinación de la forma —*norma—jurídica* de esa conducta. Trátase en esta primera operación de la *elaboración de la norma o regla jurídica* por el Estado, y en forma de *costumbre* o de *ley* según lo anteriormente indicado;

2.ª La operación de realizar—*dar cumplimiento* a la norma jurídica—, acción de la voluntad, que en el Estado se manifiesta: *a*) merced a la reacción del Estado mismo sobre sí para comunicar fuerza a la norma; *b*) merced a la acción—poder—del Estado sobre sus miembros y sobre la comunidad toda, para que la norma se respete y haya así un *orden jurídico*: esta operación de realización de la norma se produce también de las dos maneras indicadas: como función total—difusa—de la sociedad-Estado y como *acción* específica del Gobierno, y

3.ª La operación de *acomodar la conducta a las normas* cuando se produce un *conflicto* por inadaptación de aquélla, bien sea, *a*) por suscitarse dudas respecto de la aplicabilidad de la norma en aquel caso y momento y ser precisa una *interpretación* de la misma, y *b*) por ser necesaria la *acción impositiva del Poder* (del Estado) para asegurar el respeto al orden jurídico en los casos de *violación* de las normas. No hace falta añadir que también en esta operación se descubren las dos maneras sociológicas de realización de la actividad jurídica: *difusa* y de *presión social* la una—acción e influjo de las costumbres y de los cambios del espíritu colectivo en la práctica del derecho—y de

órganos determinados específicos la otra—jueces, tribunales, magistraturas—, que funcionan como *intérpretes* del Derecho en la vida del Estado.

5. Las tres operaciones o fases que acaban de señalarse en el proceso particular de la realización del Derecho, en y por el Estado, se concretan diferenciadas en direcciones de la actividad político-social, y constituyen *funciones* técnicamente distintas, que ya Aristóteles descubría, cuando afirmaba que en todo Estado «hay tres elementos en que el legislador cuidadoso debe ocuparse: el primero, la Asamblea general, que delibera sobre los negocios públicos; el segundo, el cuerpo de los magistrados, y el tercero, el Poder judicial»; en otros términos, en el Estado hay tres funciones: deliberativa, ejecutiva y judicial (1). Estas funciones, así diferenciadas y con sus órganos específicos institucionales, habían de servir a Montesquieu para elaborar su trascendental teoría de los tres Poderes del Estado: el *Legislativo*, el *Ejecutivo* y el *Judicial* (2). Conviene advertir, sin embargo, que en la doctrina que desarrollamos, no se trata de *división*, y menos de *separación* de Poderes en el sentido constitucional, es decir, en cuanto las funciones del Estado se consideren específicamente estructuradas en instituciones u órganos distintos. La *especialización* de las operaciones o funciones que se descubren con el proceso de la realización del derecho en y por el Estado, no significa ciertamente *separación* institucional de las mismas, sino mera diferenciación de operaciones funcionales, que, para definirlas con los

(1) Aristóteles, *Pol.* (trad. de Azcárate, pág. 211). Véase edic. ingl. de Jowet, Introd. I, pág. LXXXIII del tomo I.
(2) *Esp. de las leyes*, libro XI, cap. VI.

términos admitidos, pueden denominarse *Legislativa*, *Ejecutiva* y *Judicial* (1). Dos indicaciones esenciales se oponen al valor práctico de toda *separación* funcio-

---

(1) Nuestro punto de vista, mantenido constantemente en nuestras publicaciones anteriores—v. *Tratado de Derecho político*, 1.ª edic. (1893), tomo I, y *Tratado de Derecho administrativo* (1.ª edic., tomo I, páginas 50 y siguientes)—es análogo, hasta cierto punto, al que se descubre en M. Duguit, al proponer que la función *judicial* se denomine *jurisdiccional*. En la 2.ª edic. de mi *Derecho político* (tomo I, vol. 2.º, pág. 235, nota), decíamos, a este propósito, lo siguiente: «M. Duguit quiere que este momento o función judicial se denomine *jurisdiccional*, para evitar confusiones: la función jurisdiccional, para él, es aquella por la que el Estado comprueba la existencia y la extensión de una regla de derecho o de una situación de derecho, en el caso de una violación o de contienda y ordena las medidas necesarias para asegurar su respeto.» La confusión, a que se refiere Duguit, de llamar a tal función judicial, viene de que, según él, «la función judicial es la que desempeñan los funcionarios que existen en la mayoría de los países y forman el orden judicial: es el punto de vista formal». Ahora bien, dice, «el orden judicial realiza, sin duda, muchos actos jurisdiccionales, pero realiza otros... Y numerosos actos jurisdiccionales se realizan por órganos .. no pertenecientes al orden judicial». *Droit const.*, I, pág. 131. Pero la confusión no cabe cuando para definir lo *judicial* se prescinde del punto de vista formal de la división de poderes. En lo judicial, la función no se debe definir por el órgano, sino por la función misma. La separación o división de poderes define la función por el órgano, y la define así inexactamente, porque los órganos de los Poderes no asumen ni monopolizan las respectivas funciones. Cuando decimos función judicial, aludimos a algo distinto del Poder judicial en el sentido y valor que un Poder judicial tiene en el régimen constitucional.

nal en Poderes: en primer lugar, la naturaleza orgánica del Estado, que no es un conjunto de fuerzas mecánicas en equilibrio por virtud de una combinación exterior de palancas, frenos y contrapesos, sino que es un *núcleo* de vida que obra merced a la interdependencia de sus elementos constitutivos y a la atracción interna del fin; en segundo lugar, la unidad misma de este *fin:* el fin *jurídico*, no resulta cumplido como consecuencia de una externa coincidencia mecánica de las operaciones que entraña su realización técnica: el derecho de un Estado en la obra total de éste como núcleo constituído unitariamente, como síntesis orgánica y con personalidad distinta. Y es tan natural e imperiosa la necesidad de que esta *unidad* funcional se mantenga y revele su imperio, que hasta en lo meramente estructural del régimen de los Gobiernos se pueden señalar instituciones con la misión específica de facilitar la expresión del sentido dominante, como representación de la unidad suprema del *Poder* director—soberanía—, o bien la de mantener la armonía entre los distintos órganos de las diversas funciones especializadas. En el mecanismo o estructura instrumental de los Gobiernos a que se hace referencia, dicha acción unitaria es la obra de la *opinión pública*, siendo órgano específico de su acción de armonía, con las notas circunstanciales de un *Poder* del Estado, verbigracia, el jefe *del Estado*—moderador en las Repúblicas y Monarquías parlamentarias—, o el *referéndum*, practicado especialmente en Suiza, como institución genuinamente nacional. En rigor, todas las apelaciones que, en circunstancias extraordinarias, se dirigen al *pueblo*—léase *cuerpo electoral*—verbigracia, en los casos de reforma constitucional de Constituciones *rígidas* (tipo Estados Uni-

dos) (1), o bien la disolución de la Cámara de los Comunes inglesa, en casos de conflicto con las de lores (2), todas esas apelaciones son como maneras o métodos para imponer la acción unitaria del Estado por encima de toda separación o anarquía funcional.

Por otra parte, y en consonancia con la doctrina sociológica antes expuesta, la especialización de las funciones jurídicas del Estado—cada una en su operación propia—*no* supone que el Estado enajene su acción propia hasta el extremo de que la función especializada absorba toda la actividad que el Estado desarrolla para que la operación respectiva se realice. Insistimos en el punto de vista expuesto, y, según el cual, las funciones todas del Estado se manifiestan bajo las dos formas ya definidas: 1.°, como *expresión de un vivir general espontáneo de la sociedad-Estado*: acción *difusa* en la elaboración de la norma, en la realización efectiva—cumplimiento—de la norma, y en la aplicación concreta de la misma a los casos en que es precisa una adaptación o restauración jurídica de la norma, y 2.°, como obra *especializada, reflexiva*, de órganos específicos o instituciones adecuadas.

6. Pero la actividad del Estado no se agota en la elaboración y cumplimiento del *Derecho* y en el establecimiento y sostenimiento del orden jurídico. Todo Estado vive como tal, como entidad sustantiva—personal—, en relación necesaria con otros Estados y con cuantos núcleos de vida comercian con él por cual-

---

(1) Sobre la teoría de las Constituciones rígidas, véase en mi *Der. pol.* (2.ª edic.), II. libro I, cap. V.

(2) V. mi *Der. pol.*, id. II. libro I, cap. V, § II, núm. 7. Cons. Jellinek, *Teoría general del Estado* (trad. esp.), capítulo XVIII.

quier motivo. Esta *vida de relación* suscita e impone una dirección de la actividad, distinta, por su objeto, de la actividad jurídica propia de cada Estado, pues así como en ésta el Estado actúa íntimamente, en la esfera *inmanente*, mirando a *su* fin—establecer y mantener *su* orden jurídico—, en la vida de relación, la actividad sale, trasciende de la esfera propia del Estado, para entablar relaciones de interdependencia, de solidaridad, de oposición, de concurrencia—con otros Estados o con otros núcleos—, de persona a persona, en definitiva.

Tomando por vía de ejemplo el Estado nacional, sujeto del Derecho administrativo, fácilmente se define y comprende el sistema de sus relaciones, determinante de esta dirección especial de la actividad. De un lado, el Estado se relaciona con los elementos personales—individuales y colectivos—qûe lo integran; pero ahora, no en cuanto son elementos componentes de su síntesis vital, pues en este concepto funcionan como *colaboradores* de su actividad jurídica, sino en el de personas sustantivas, *autónomas*: el Estado, en esta posición, se *relaciona* con el individuo como persona, con la familia, con el municipio, con las provincias y regiones, y desarrolla una actividad jurídica distinta, base de una función rica en objetivos y determinaciones; además, el Estado, en la misma posición, se *relaciona* con los organismos o instituciones que desempeñan funciones colectivas especiales—las iglesias, la universidad, los sindicatos, etc., etc.—; el carácter distintivo de esta actividad es el de ser *transitiva*—del Estado nacional—en cuanto va encaminada a establecer y mantener *relaciones exteriores*.

Varia, rica en manifestaciones, a causa de la diversidad de relaciones que los Estados históricos man-

tienen, esta actividad no se define prácticamente como una sola función distinta y específica: así que aun cuando teóricamente, y al ordenar y sistematizar las direcciones de la actividad del Estado, puede hablarse de una *función de relaciones* del mismo—de cada Estado—, debe hacerse con la reserva indicada, y teniendo, además, en cuenta que, en la estructura orgánica de los Estados, dicha actividad es quizá la que se produce con mayor indefinición funcional y estructural. En efecto: la actividad de los Estados, en su vida de relación, resulta, en muchas de sus manifestaciones esenciales, dominada por el criterio a que responde el régimen interior político de cada Estado, hasta el punto de que, a menudo, dicha actividad reviste los caracteres de la actividad propia de la esfera *inmanente*, debilitándose o perdiéndose su significación de actividad de relación—transitiva—, de *autonomía* con *autonomía*. Bastará recordar a este propósito la posición distinta de un Estado particular en la Unión norteamericana con la de un Departamento francés, para darse cuenta de la diferente naturaleza de la actividad política del Estado nacional en cada caso: de *relaciones* en el primero, *inmanente* (interna) en el segundo. Los graves problemas de *self-government* local planteados en los Estados centralizados, así como los suscitados por el movimiento sindicalista y, de un modo más general, por el régimen de los derechos de la personalidad—individual y colectiva—, entrañan una fina labor de definición y diferenciación de la actividad del Estado como actividad *suya*, interna, y como actividad *transitiva*, de *relación* con las personalidades individuales y de núcleos.

Sólo en una dirección se afirma con más claridad el carácter de la actividad de relaciones, como una

verdadera *función exterior*—poder *exterior* (1)—del Estado en la esfera internacional. Tiene tal actividad hasta su expresión en la estructura oficial de los Estados: de un lado, los Ministerios de Relaciones exteriores—nuestro Ministerio de Estado—, con sus Cuerpos diplomático y consular; de otro, el Ejército, como organización defensiva de la integridad nacional: aunque tales órganos *específicos* dependan del llamado Poder ejecutivo, sus funciones son de *relaciones*.

Por otra parte, la vida de relaciones de los Estados-naciones va condensándose, difícil y fragmentariamente, en organismos *exteriores*, llamados a regularla y determinarla: baste recordar las Uniones internacionales para determinados *servicios* (Unión Postal, por ejemplo), y, sobre todo, la Sociedad de las Naciones.

7. Tanto en la *actividad jurídica*, con su sistema de funciones generador y sustentador de un *orden ético-jurídico*, en constante renovación, como en la de *relaciones exteriores*, el Estado se nos ofrece como un *núcleo vital, síntesis de energías* distintas—espirituales y materiales, de personas y de cosas...—, unificadas en una dirección o tendencia dominante, determinada por la atracción del fin, y mantenida por la acción de un verdadero *flúido ético;* definimos el Estado, así considerado, como un organismo racional y como un sujeto con personalidad, y por ello capaz de elaborar una vida regida jurídicamente por él mismo, tanto en lo interior como en lo exterior, es decir, ya sea desdoblándose, en su conciencia colectiva, la relación entre sus *fines* y sus *medios*, para engendrar una conducta

(1) En mi *Trat. de Der. pol.*, I, v. 2.°, pág. 239. Ahrens. *Organ. Staatslehre.*

racional basada en la *valoración o estimación ética* de aquéllos—acción del *flúido ético*—, ya sea poniéndose él—el Estado—íntegramente como sujeto de relaciones con otros núcleos de vida, y como él, con propia personalidad.

Pero tanto en un caso como en otro, el Estado es un supuesto dado en un organismo u organización más o menos estructurada, que se mantiene y vive bajo la atracción del fin, merced a un impulso ético y gracias a las combinaciones más o menos complejas de elementos espirituales y materiales, de actividades personales y de cosas utilizadas. No hay Estado real, sino condensado en una síntesis vital incesantemente rehecha, obra de estímulos, de agitaciones, de reacciones psíquicas, suscitadora de esfuerzos encauzados según normas de economía y, en determinada esfera, con habilidad técnica; disuelta esa síntesis vital, o no constituída, faltará el soporte natural del Estado, la fuente del flúido ético, el sujeto psíco-físico capaz de generar el orden jurídico y la personalidad llamada a mantener el sistema de relaciones con las demás personalidades que pueblan el espacio material y moral del mundo humano.

Estimamos como una exigencia impuesta por la consideración realista del Estado, la distinción entre la actividad del mismo para el fin y la de la vida de relación, y el organismo mediante el cual se produce y exterioriza tal actividad. En el primer respecto, el análisis descubre energías espirituales definidas y coloreadas por la atracción del fin jurídico, o las necesidades de una vida de relación; todo aquí es psíquico y ético, todo se traduce en movimientos de conciencia, determinados por consideraciones éticas: *flúido ético;* o se trata de elaborar una conducta racional,

según atracciones finales y según normas—actividad jurídica—, o bien de realizar un comercio (jurídico), exigido por la vida de relación en que los Estados se desarrollan. En cambio, en el segundo respecto, al Estado, con su orden jurídico en plena elaboración y reelaboración y su comercio interpersonal, se ofrece objetivamente como el instrumento constituído, como el sistema o conjunto de apoyos físicos, materiales, económicos, personales, de energías, de *medios*, en suma, merced a los cuales se hace posible y se realiza la vida ética y espiritual—jurídica—y el comercio—las relaciones—del Estado. Toda aspiración final—necesidad jurídica para el Estado—entraña como un supuesto indeclinable la posibilidad de obtener un medio adecuado para aplicarlo eficazmente; toda acción o intervención del Estado se efectúa *merced* al desarrollo de una energía espiritual, actuando sobre *medios* o con MEDIOS—cosas, bienes, útiles—, y ACTOS que se realizan como *servicios*; toda la actividad del Estado se produce, en definitiva, como serie, conjunto o sistema de *servicios*, ya sea para hacer efectiva su misión en la vida—realizando un orden jurídico—, ya sea para mantener una vida de relación. La idea del *servicio* del y por el Estado es aquí esencial, y ella no supone más que esto: la actividad del Estado—obra de su órgano—determinada según normas jurídicas y aplicada sobre cosas que convierte en *medios*—útiles y adecuados para satisfacer necesidades—. Ahora bien: la totalidad de los medios instrumentales del Estado —destinables o destinados a realizar sus fines y a mantener su vida de relación—constituye su organismo—organismo concreto, real, que tiene su vida propia, distinta, y que, merced a un desdoblamiento natural en el espíritu del Estado, se ofrece como algo

que exige de él—del Estado—una atención especial, aparte y distinta de la que suscite la atracción esencial del fin jurídico y de las necesidades de la vida de relación. La atracción especial y distinta, ejercida por la necesidad que experimenta el Estado de procurarse o procurar los *medios* para sus fines y vida, señala y mantiene en él una actividad encaminada precisamente a proporcionar oportuna y adecuadamente tales medios y aplicarlos con eficacia, *prestando servicios.* Y he ahí cómo el análisis realista de la actividad total del Estado—porque toda la actividad que analizamos tiene por sujeto único el Estado, y es, por tanto, *suya*—descubre una nueva dirección diferenciable, y en ciertas condiciones, diferenciada y específica, distinta de las anteriormente definidas.

8. A nuestro juicio—y abona la doctrina la misma estructura y funciones de los Estados reales—se señala aquí una actividad del Estado, que no se dirige inmediatamente a la elaboración y aplicación del Derecho, ni a hacer efectivas las relaciones del Estado, sino que se encamina a la *conservación, cuidado* y *perfeccionamiento del organismo político,* o sea de la *estructura orgánica con que funciona el Estado.* El objetivo directo de esta actividad es la obtención del *medio idóneo,* que se traduce práctica y concretamente en la organización de los *servicios,* que entraña la realización de la misión propia del Estado y el desarrollo de su vida. En el Estado nacional contemporáneo, esta actividad se define más o menos específicamente en los esfuerzos y gestiones con que en ellos se atiende a la obtención de medios y elementos de vida, distribución adecuada de esos medios según las necesidades a que el Estado atiende y a la organización y prestación de los servicios que se estiman en cada Estado y

momento como esenciales. La función enderezada a realizar los esfuerzos y gestiones a que se hace referencia es, a nuestro sentir, la *función administrativa*, y, en su virtud, la *Administración del Estado* consiste en el adecuado arreglo, conservación y perfeccionamiento de su organismo—estructura o instituciones de gobierno en amplio sentido—, a fin de que se gestionen y presten eficazmente los servicios atribuídos en cada caso y momento al Estado—los llamados *servicios públicos*. En otros términos, se podría definir la *Administración* y la *función administrativa* como *aquella actividad del Estado encaminada a obtener los medios adecuados para realizar con acción eficaz sus fines, organizando y ordenando al efecto el sistema y régimen de los servicios llamados públicos.*

9. En la primera edición de este TRATADO iniciamos la elaboración del concepto de la Administración y de la función administrativa, mediante el análisis realista de las actividades distintas del Estado, y procuramos razonar una doctrina según la cual el objeto propio de la actividad administrativa se contraería *a la conservación y perfeccionamiento del organismo político:* implicaba el concepto una radical rectificación de la concepción de la Administración como rama o dependencia del Ejecutivo, concepción notoriamente inexacta. Pero nuestra fórmula necesitaba un complemento aclaratorio. En efecto, al afirmar que la Administración es la actividad para la conservación y perfeccionamiento del organismo político, podía creerse —y así se ha interpretado alguna vez—que reducíamos la función administrativa a las puras relaciones económicas que, sin duda, entrañan el esfuerzo y la gestión necesarios para que en el Estado se proporcionen los *medios* o *instituciones* exigidos para la realiza-

ción de sus fines y el desarrollo de su vida. Y hasta se ha podido encontrar una contradicción entre lo estricto de la actividad administrativa, según nuestro concepto, y el desarrollo de la doctrina especial de los diferentes servicios (1). Pero precisamente el desarrollo que dábamos al régimen de los servicios, y la esencial importancia que, en el sistema, alcanzara la noción de los servicios del Estado y por el Estado, o en el Estado, indicaba claramente que la noción de la conservación y perfeccionamiento del organismo político, no se contraía a la de una gestión o esfuerzo económico, toda vez que aquella noción se habría de considerar siempre subordinada a los fines perseguidos, o sea a los objetos propios de los servicios, siendo, en definitiva, la realización variable, circunstancial, a veces, de éstos, la que constantemente habría de determinar y definir la naturaleza y la extensión de las tareas de conservación y perfeccionamiento del organismo político o del Estado.

Una adecuada consideración de la Administración y de la función administrativa exige, a nuestro juicio, el desarrollo armónico de dos ideas que estimábamos recogidas, aunque no bien determinadas, en la noción de conservación y perfeccionamiento del organismo político; esas dos ideas son las siguientes:

1.ª *La de la obtención del medio idóneo adecuado para constituír el organismo del Estado.*

2.ª *La de la organización, gestión y prestación del*

---

(1) Materia del tomo segundo de la primera edición del TRATADO.

servicio exigido en el cumplimiento de los fines del Estado (noción del servicio público) (1).

---

(1) Hasta aquí hemos rehecho completamente la parte correspondiente de la primera edición del TRATADO. Los restantes capítulos de la Introducción no han sido reelaborados de igual manera: se han hecho en ellos numerosas aclaraciones y correcciones, adiciones y supresiones, a fin de armonizar su contenido con el de los nuevos; pero nada más.

§ 4. *La función administrativa en el sistema de las funciones del Estado.*

1. Considerada la Administración y la función administrativa como actividad distinta en el Estado, importa, ante todo, diferenciarla de la actividad propia de las demás funciones del Estado.

La Administración se diferencia del Poder ejecutivo, porque la idea de administrar no coincide con la función *ejecutiva*, en cuanto ésta encierra un concepto político. Por otra parte, el objeto de la Administración es distinto del objeto—fin—del Poder ejecutivo: la tarea de éste consiste, de un modo directo, en hacer efectiva la ley—el Poder ejecutivo tiene la *sanción* en su mano—, manteniendo el orden, restableciéndolo en caso de perturbación, velando por la seguridad pública y por la integridad nacional. El Poder ejecutivo tiene su *aspecto administrativo:* así, por ejemplo, es una función del Poder ejecutivo rechazar por medio del Ejército toda agresión exterior: tal función, esencialmente *ejecutiva*, no es *administrativa;* sin embargo, para que el Estado pueda obrar en función *ejecutiva* por medio del Ejército, en condiciones de eficacia, es preciso que haya Ejército, bien organizado y distribuído, con soldados disciplinados, armas, municiones, medios de transporte, de subsistencia, etc., etc.; todo lo cual corre a cargo de la Administración del Ejército (1). La función administrativa del Ejército la

(1) Que no debe confundirse con la función particular técnica de la *Administración militar*, aun cuando ésta exprese muy bien la distinción general a que nos referimos.

desempeña, por lo regular, el mismo *Poder* (órgano) ejecutivo; pero no importa: el órgano puede ser el mismo; las funciones no por eso son idénticas. La existencia del Ministerio—órgano central del Poder ejecutivo—con todo el acompañamiento de funcionarios políticos, más las oficinas e instalaciones provinciales o municipales, diseminadas por el territorio, exige una operación propia (de *conservación)* distinta de aquella que desempeñan los ministros cuando asisten al Parlamento a defender su *política*, o, verbigracia, cuando el Ministerio acuerda sobre una suspensión de las garantías constitucionales. Esta acción última es ejecutiva; la primera es de pura administración, porque no se encamina directamente a realizar el fin del Estado, sino a conservar el elemento material, mediante el cual se manifiesta la acción del Ministerio y, en general, la del Poder ejecutivo.

Y ese aspecto administrativo no es exclusivo del Poder ejecutivo: en el *judicial*, al lado de la *Administración de justicia*, se produce la *necesidad* de procurar los funcionarios de este orden y los medios con que éstos han de desempeñar sus funciones: sueldos, instalaciones, personal auxiliar, distribución conveniente del servicio en el territorio, sistema penitenciario, etc., etc. En el Poder legislativo, la acción administrativa se impone como consecuencia de la necesidad, y, mediante ella, se procuran a las Cámaras las condiciones necesarias de vida y para su adecuado y eficaz funcionamiento (organización interior, oficinas dependientes del Parlamento, medios pecuniarios en forma de retribución o de franquicias a los representantes, pago del material y del personal auxiliar, ordenación adecuada de la función electoral, etc., etc.). En lo que concierne al jefe del Estado—Presidente de

la República o Monarca—, fuera de su alta representación política, como personificación de la unidad del Estado, y de las funciones que se le atribuyen, el jefe del Estado es cabeza suprema de la Administración, revistiendo carácter administrativo todo lo referente al sostenimiento del mismo—lista civil, Real patrimonio en las Monarquías, sueldos o gastos de representación en las Repúblicas, brillo militar...—. Por último, la organización del Ministerio de Estado, con su personal técnico y auxiliar, y la organización de los Cuerpos diplomático, consular y de intérpretes y agentes, que forman las Embajadas, Legaciones, Consulados, Viceconsulados, etc., y su distribución adecuada por las naciones, entraña un objeto administrativo, bien claramente distinto de la función que todos desempeñan dirigiendo o interviniendo en la vida y en las relaciones internacionales (1).

Del propio modo se debe diferenciar el aspecto administrativo en aquellas manifestaciones de la actividad del Estado encaminadas a satisfacer o a promover, fomentar o condicionar, de cualquier modo, la satisfacción de necesidades colectivas, engendrando una verdadera *acción social* del Estado, consecuencia directa de las solicitaciones y exigencias de la sociedad misma en que el Estado se nutre y vive. Trátase, en tales manifestaciones, de la actividad política o del Estado, de la acción de tutela, de protección, de ingerencia social, que, provocadas bajo el influjo del ideal ético del momento, e impuestas al Estado como un *deber*—social—, acaban por mover la conciencia jurídica de la

(1) La Sociedad de las Naciones ha creado todo un sistema de organizaciones administrativas en relación con sus diversos fines.

colectividad política, hasta llegar a la intervención legislativa o de gobierno, condensándose, al fin, en manifestaciones concretas de la actividad específica del Estado, hasta revestir la forma de *servicios públicos*. Pero una cosa es la satisfacción de la necesidad social, *contenido* del servicio público, y otra la acción de esfuerzo y de gestión indispensable para que el servicio se constituya y se preste. La *acción social* del Estado no es, en sí, actividad administrativa: es, como del Estado, *política:*—de ahí la *política social*, que no es, ciertamente, administración, sino *política* con *técnica* especialísima—. Tiene la acción social, convertida en función del Estado por exigencias teleológicas, un aspecto administrativo, como lo tiene ético, económico. jurídico. Así, por ejemplo, una cosa es *desempeñar o ejercer* la función de la enseñanza o de la beneficencia, y otra *administrar* semejantes intereses colectivos. El médico a quien el Municipio retribuye para que preste sus servicios gratis a los pobres, o bien los asista en sus hospitales; la Junta de beneficencia que el Estado promueve u organiza para llevar el socorro, en dinero o en especies, al menesteroso, no *administran* la beneficencia: prestan el servicio benéfico. Y así un hospital no es un Centro administrativo, sino benéfico. La acción de la Administración respecto de la beneficencia o de la asistencia social, revélase principalmente, en cuanto el Estado haga para que *haya* médicos gratuitos, hospitales, hospicios, asilos, Juntas de beneficencia, etc., etc. ¿Dónde, en verdad, habrá distinción más evidente que la que puede señalarse entre la función *educativa* y de la *enseñanza*—de carácter tan especialmente técnico—obra y tarea de la escuela o de la Universidad, y la acción administrativa, consistente en procurar las condiciones indispen-

sables para que la función de la enseñanza y de la educación se cumpla, y la cual, verbigracia, comienza por la *instalación* de la institución—Escuela, Instituto, Universidad—, y acaba con el continuo cuidado de su conservación *económica*. La Administración *se introduce*, pues, por esta nueva parte del organismo del Estado para suscitarlo, conservarlo y perfeccionarlo, y hacer eficaz los necesarios y adecuados servicios de la llamada instrucción pública.

Y la creciente expansión de la acción social, cultural y de tutela, impuesta a los Estados, y que por tal modo les obliga a ampliar constantemente la esfera de sus intervenciones jurídicas y a elaborar una *política* adecuada para cada una de las intervenciones impuestas, explica y justifica la complejidad, cada vez más grande, de la Administración, ya que toda manifestación de la ingerencia social del Estado exige el desarrollo de una actividad administrativa, tanto más específica y determinada cuanto más se defina en ella la exigencia de la organización y prestación de un verdadero servicio—público—. Así se comprende muy bien la importancia que alcanza, en la vida administrativa, la noción de una Administración *social* al lado de una Administración estrictamente *política*, comprensiva aquélla de la acción y de los servicios exigidos como consecuencia del intervencionismo del Estado en los problemas culturales y sociales, de la intensificación del espíritu colectivo y de los sentimientos de solidaridad social.

2. Rectificado el concepto de la actividad administrativa del modo que queda indicado, parécenos aceptable el punto de vista mantenido por Stein y por Meyer en cuanto se refiere a la extensión con que ambos determinan las materias o extensión de la misma.

Stein asigna como contenido de la Administración: 1.°, los asuntos internacionales; 2.°, el Ejército; 3.°, la Hacienda; 4.°, la Administración de justicia; 5.°, la Administración interior—administración de la vida personal, económica y social (1)—. No hay más sino que Stein considera como materia propia de la Administración los mismos objetos indicados, cosa que nosotros no admitimos por completo. Para Meyer, la Administración tiene por objeto las necesidades e intereses del Estado y del pueblo, y se diversifica en las ramas siguientes:

1) Administración de los *negocios extranjeros,* esto es, ordenación de las relaciones del Estado con los demás (2).

2) Administración de los *negocios interiores*, o sea promover, mediante la acción tutelar, los intereses del pueblo.

3) Administración de *justicia*, a saber: organización y nombramiento de las Autoridades establecidas para la Administración de justicia (Magistrados, Ministerio público) y cuidar del ejercicio de sus funciones (3).

3. La Administración, según lo expuesto, no tiene

---

(1) Stein, en su *Handbuch*, desarrolla los principios de los *cinco capítulos* indicados de la Administración en el vol. I. El II y III comprenden la Administración interior *(Innere Verwaltung):* el II refiérese a la Administración personal, y el III a la Administración y vida social.

(2) Meyer, *Concepto, esencia y límites de la Administración*, I, párrafo 2.° Como se ve, en esta primera rama la idea de la Administración se confunde con la misma función de relaciones.

(3) Perfectamente expresado el aspecto administrativo.

en el organismo del Estado una esfera concreta, cuantitativamente limitada y susceptible de diferenciada especificación en un órgano o sistema de órganos distintos; no es una función dependiente o atribuída a un Poder, de las que constituyen el mecanismo constitucional: antes bien, abarca por *entero la vida toda del Estado en el respecto de la conservación y perfeccionamiento de su organismo*, o, en otros términos, *en el respecto de* la *conservación y perfeccionamiento de las instituciones que forman su estructura*, y en cuanto el funcionamiento de tales instituciones se resuelve en un orden de servicios. Es, en suma, la Administración, como actividad administrativa, distinta, con objeto o materia propia, una *función del Estado*, siendo indiferente para el caso, que su existencia como tal función esté consagrada y reconocida *exteriormente*, gracias a la constitución política de un *órgano* específico: el PODER ADMINISTRATIVO. Además, repetimos, la Administración no se limita *cuantitativamente* a una esfera particular del organismo del Estado: diferénciase sólo *cualitativamente*, y abraza el *Estado entero y cuanto del Estado depende*, desde el punto de vista *de la creación, sostenimiento y mejoramiento de los servicios públicos, o bien de las instituciones mediante las cuales el Estado realiza sus fines.*

§ 5.° *Definición del Derecho administrativo. El Derecho administrativo en el sistema de las ciencias jurídicas. Derecho administrativo y Derecho político.*

1. A fin de dejar bien sentadas determinadas ideas que estimamos capitales, resumiremos en términos tan precisos como sea posible el concepto del Derecho administrativo. Es éste, como Derecho, el orden jurídico de la actividad política, encaminada a procurar la buena disposición—formación, conservación y perfeccionamiento—de las instituciones del Estado, a fin de realizar eficazmente la gestión y prestación de los servicios exigidos para el cumplimiento de los fines del mismo.

2. Cuando de Administración se habla, es preciso no olvidar, según se dijo, que supone siempre un sujeto racional, que es *quien administra:* el Estado o las instituciones encargadas de sus servicios. El Estado, en efecto, siente la necesidad racional, suprema, de vivir, y esta *necesidad* determina en él una *obligación* de vivir, y, en su consecuencia, de prestar las condiciones exigidas por una vida ordenada, sana, plena; de *administrar*, en suma. De ahí nace una primera esfera del Derecho administrativo, relativa al *sujeto* mismo: a la Administración. En el Derecho administrativo, como en todas las ramas del Derecho—dice Hauriou—, hay *sujetos de derecho*, que no son otros que las *personas administrativas* (1), las cuales se han

(1) Ob. cit., pág. 171.

de mover necesariamente en un orden jurídico propio (1).

3. La Administración, por otra parte, como obra de las personas administrativas, no es actividad ciega, sino libre, que, para manifestarse concretamente, encarna en seres libres—los funcionarios—, representantes del interés de la colectividad administrativa, y los cuales, en el ejercicio de su actividad o desempeño de sus cargos—gestión y *prestación*—, han de *conducirse* jurídicamente, estableciendo y manteniendo entre sí relaciones que son de carácter jurídico por modo necesario. Surge así una segunda esfera de Derecho administrativo, de contenido complejo, y constituído por un sistema de relaciones administrativas—todo el orden de las que existen entre el Estado como tal o sus corporaciones, con los funcionarios, y de éstos con él y entre sí.

4. Por último, la Administración, como actividad del Estado, para la gestión y prestación de los servicios públicos, trasciende y mantiene fuera de ella relaciones con los particulares, con la sociedad, con otros Estados, dando así lugar a una tercera esfera del Derecho administrativo.

5. Reducidas nuevamente a unidad estas tres esferas del Derecho administrativo, resulta que la función de la Administración cae por entero bajo el Derecho, a causa de su carácter racional, y porque toda ella se resuelve en conductas libres, que comienzan por manifestarse en las tareas exigidas por el hecho de ser el Estado obra de administración, continúan actuando en las divervas labores de los funcionarios como tales, o sea como elementos de la organización

(1) Hauriou, ob. cit. edic. 1.ª, pág. 172.

administrativa, hasta concretarse en las funciones y actos de la Administración en sus relaciones con los particulares, con el todo o comunidad social y con los demás Estados.

6. La condición y carácter del Estado, entidad política, con personalidad autónoma—*soberana*—, se reflejan necesariamente en la actividad administrativa, que es, naturalmente, una actividad del Estado. En su virtud, la acción administrativa emana de la fuente misma de donde toda actividad política proviene—de la soberanía, es decir, del Estado que actúa con plena capacidad para autodeterminarse—; de ahí que la Administración se revele y actúe con *autoridad* en todos aquellos casos en que la actividad administrativa realiza labor de Estado, o sea en las relaciones de éste con las corporaciones administrativas, con los individuos, con la sociedad o con las entidades corporativas subordinadas, consideradas, no como sujetos independientes — personas —, sino como elementos componentes, en el concepto de miembros del Estado mismo, a diferencia de aquellos otros casos en que la Administración entabla y sostiene relaciones de índole privada, como de igual a igual, con otras personas. Distinción de actividades que ha dado lugar a la clasificación de los actos de la Administración como actos de *Poder público*—de gobierno, *de autoridad*—y actos de *pura gestión*.

7. Pero téngase en cuenta que esta distinción en nada cambia el carácter jurídico de la actividad administrativa: toda ésta, en efecto, cae dentro del Derecho. Y aun cuando parezca al pronto, como Hauriou quiere, que la Administración tiene una doble personalidad—una personalidad de *persona privada* y, además, una personalidad de *potencia pública*—, sin em-

bargo, como este mismo autor advierte, esas dos personalidades no se revelan en ningún signo exterior: las personas administrativas tienen los mismos representantes cuando obran como Poder público que cuando obran como persona privada. Y no sólo esto: el valor *jurídico* de los actos administrativos es, en esencia, el mismo; su fundamento está en el Derecho y su norma es de Derecho. La diferencia estriba en la índole de la relación misma y en el papel que en ella desempeña el Estado: si el Estado se relaciona con el particular, con la corporación, con el funcionario, como de persona a persona, en ese caso la actividad del Estado trasciende de él y se somete al llamado Derecho objetivo—la ley—, que es idéntico para él y para el particular, los funcionarios o las corporaciones. En cambio, si el Estado actúa determinándose dentro de su propia esfera, toma al individuo como miembro, al funcionario como tal funcionario, a la corporación como entidad recogida en su esfera y a él subordinada, en ese caso, el Estado obra en función de autoridad, dando al acto que realiza el carácter de disposición o mandato (1), contra el cual, en un Estado constitucional, se darán los recursos jurisdiccionales consiguientes.

Ambos órdenes de relaciones se hallan, pues, subordinados al Derecho, ambos están comprendidos en el concepto expuesto del Derecho administrativo; y como en ambos se revela la actividad libre de las per-

(1) Que el Estado actúe con autoridad, no quiere decir que obra arbitrariamente: ha de acomodarse a la ley, al derecho y ha de producirse en un régimen de garantías que defiendan todo interés y todo derecho contra los posibles abusos, errores y desviaciones del poder, o sea de la autoridad.

sonas administrativas, entrañan siempre: 1.° La necesidad de la iniciación *jurídica* de la función administrativa; 2.° La organización *jurídica* de la misma por obra del Derecho definido en costumbres y leyes o en disposiciones administrativas, y 3.° El procedimiento *jurídico*, con arreglo al cual ha de producirse la función de administrar, tanto en los actos de Administración pura y estricta — así cuando, verbigracia, la Administración adquiere un terreno para levantar sobre él el edificio de una oficina pública—como en aquellos otros actos en que la Administración se *impone* o decide a título de autoridad, verbigracia, cobrando un impuesto, o *expropiando* por causa de utilidad pública, o ejerciendo funciones de represión directa, etcétera, etc.

8. Expuesto el concepto del Derecho administrativo, intentaremos definirlo en el sistema general de las ciencias jurídicas. Aun cuando se propende a considerar la Administración a partir de la noción de la actividad del Estado, determinándola así ideológicamente y en razón del contenido o materia de dicha actividad, al definir el Derecho administrativo, suele atenderse tan sólo a su valor histórico como rama del llamado *Derecho público*, olvidando que el Derecho *administrativo* puede ser o no ser derecho *público*.

9. Según la opinión reinante, el Derecho se divide, como es sabido, en *público* y *privado*, siendo el administrativo una rama del público interno. Así afirma Goodnow: «El Derecho administrativo es la *parte del Derecho público* que fija la organización y determina la competencia de las autoridades administrativas, indicando al individuo los recursos contra la violación de sus derechos» (1). Del propio modo, según Hauriou,

(1) Ob. cit., vol. I, páginas 8 y 9.

«el Derecho administrativo es *aquella rama del Derecho público* que tiene por objeto la organización, los derechos y el ejercicio de los derechos de las personas administrativas, en cuanto interesa al funcionamiento de los servicios públicos» (1). Por su parte, el Sr. Di Bernardo considera el Derecho administrativo «como la parte del *público* interno que preside la actividad del Estado al servicio de los intereses generales, especialmente con relación a las obligaciones y a los derechos de la Administración *pública*, a la forma para cumplir las obligaciones y para ejercitar los derechos de orden *público*, y a las relaciones de la Administración del Estado con sus propios agentes, con los particulares, los Municipios y las instituciones *públicas*» (2).

10. El influjo tradicional de la concepción romana es evidente (3). Según la doctrina reinante, la génesis del Derecho administrativo es como sigue: pártese de la distinción de Ulpiano: *Publicum jus, est quod ad statum rei romani espectat, privatum quod ad singulorum utilitatem;* y luego, como hace, por ejemplo, Orlando, se añade: «Si el concepto del Derecho del Estado, en sentido amplísimo, corresponde al del Derecho *público*—por supuesto, el *público interno*—, se impone una primera distinción», que, para el autor, es la base de la existencia de las dos ramas del Derecho público: el Derecho *constitucional* y el Derecho *administrativo* (4).

---

(1) Ob. cit., pág. 172.

(2) Ob. cit., vol. II, pág. 51.

(3) Razona muy atinadamente el influjo del Derecho romano en el tecnicismo jurídico a que nos referimos Di Bernardo, ob. cit., vol. II, lib. III, cap. II,

(4) Véase Orlando, ob. cit., páginas 16 y 17, y *Principii di Diritto costituzionale*, pág. 27.

11. No obstante lo expuesto, parécenos que conviene rectificar la indicada génesis *jurídica* del Derecho administrativo, apartándose de la tradición romana en lo relativo a la distinción del Derecho en *público* y *privado*. Las razones filosóficas y de conveniencia jurídica que aconsejan tal rectificación son las siguientes:

1.ª Ante todo, *la distinción* del Derecho como *público* y *privado* es *esencialmente histórica:* no responde por tanto a *exigencias universales* y *permanentes*, ni a un criterio acomodable a *todas* las circunstancias, ni expresa una capital diferenciación del concepto del Derecho; sin duda, señala una división o diferencia real, pero no «puede originar una clasificación de las instituciones jurídicas: *a*) por referirse tan sólo a la esfera social, y *b*) por cuanto en *toda* institución concurren ambos elementos, que no son, en suma, sino aspectos reales y opuestos de todo derecho» (1). Explícase la diferenciación de lo *público* y de lo *privado* en el proceso del Derecho romano como consecuencia de la afirmación, en el Estado, del elemento *privado* con su propio Derecho, protector y regulador de *sus* intereses; pero al desarrollarse ulteriormente la evolución, en el sentido de la desintegración jurídica de las relaciones sociales, no se ha detenido en la que supone el desdoblamiento de la vida en *pública* y *privada*, sino que lo *público* ha continuado desintegrándose al constituírse las variadísimas esferas de la actividad fuera e independientemente del Estado (v. gr., todas las actividades que se definen como *sociales)*. Lo *público*, en el sentido romano, se define hoy mejor como *político*, que refleja un concepto más recogido que el de

(1) Giner, *Resumen de filosofía del Derecho*, pág. 240.

lo público, el cual más bien propende a confundirse con el de lo *social*.

2.ª Lo *público* y lo *privado* no expresan hoy dos esferas jurídicas, definidas y sustancialmente distintas: el individuo, la familia, tienen vida *pública*, son elementos componentes del Estado político nacional y sujetos de relaciones jurídico-públicas; por su parte, el Estado tiene su vida *privada*, que se revela más ostensiblemente que en ninguna otra rama del Derecho en el administrativo. «Es un error, escribe el Sr. Giner, creer que hay un Derecho público que se refiere al Estado—social—, sus fines, su organización, etcétera, etc., y otro privado, que atiende al individuo y los suyos. Antes, el Estado tiene derechos de los que suelen estimarse como privados, v. gr., el que le asiste en concepto de propietario, y el individuo, a su vez, posee interés privado, aun en aquellas relaciones que más conciernen a los fines sociales, v. gr., la remuneración de las funciones públicas, que no es más que una forma de propiedad» (1).

3.ª Tal división se mantiene a partir del supuesto según el cual el Derecho es obra del Estado, como Gobierno, a quien deben someterse los individuos súbditos. Pero el Derecho, ni aun como derecho *objetivo*—ley, normas—es obra del Gobierno, sino de la

---

(1) Ob. cit., pág. 241. Un buen ejemplo de la evolución y transformación (y confusión) de lo público y lo privado, como contenido respectivo, distinto y diferenciado de relaciones jurídicas, lo ofrece la parte segunda de la Constitución alemana de agosto de 1919 y relativa a los derechos fundamentales de los alemanes. Implica un sistema jurídico, elaborado por *encima* y *más allá* del Derecho público y del privado.

comunidad política (1), que en cuanto lo *elabora* y *vive*, es Estado. El Estado—cada Estado—es órgano del Derecho dentro de la propia esfera; pero fuera de ella y con idéntico fundamento, las diferentes personalidades autónomas elaboran y viven su respectivo orden jurídico con mayor o menor intensidad, según las condiciones impuestas por la Historia. Así las Iglesias, la Universidad libre, los Estados de tipo norteamericano, los Cantones suizos, las diferentes Corporaciones locales, los Sindicatos, las familias y los individuos: todos estos núcleos de vida racional tienen su esfera propia, que rigen jurídicamente.

4.ª Además, la distinción que criticamos tiende a poner frente a frente dos términos, que ni deben ser los *únicos* en las relaciones jurídicas, ni colocarse en oposición: tales términos son el *individuo* y el *todo social*, constituído en *Estado*. El principio orgánico que por doquiera se manifiesta rectificando esta oposición, no puede menos de rectificar semejante distinción de la vida jurídica, en pública y privada, al afirmar, de un lado, que las relaciones entre el individuo y el Estado no deben ser necesariamente de oposición, sino más bien de cooperación, y al señalar la existencia de infinitos centros de vida personal colectiva, distinta de la vida individual y de la del Estado, y que son otros tantos sujetos de posibles relaciones jurídicas, ni públicas ni privadas en el sentido histórico, o ambas cosas al propio tiempo.

5.ª El análisis del Derecho no descubre dos sujetos esencialmente distintos de la relación jurídica: el uno, superior—el *Estado*, síntesis y encarnación del interés

(1) Véase en mi *Tratado de Derecho político*, tomo I, libros I y II.

público—, y el otro, inferior—el *particular*, con sus intereses *privados*—. El análisis del Derecho señala, por el contrario, la persona como sujeto activo de toda relación jurídica, y como tal sujeto, igual siempre: la persona puede ser individual, social, y como social, puede ser política, doméstica, religiosa, de primero, segundo o ulteriores grados. Ahora bien: «en *toda* institución», o mejor, en *toda* persona, «concurren los dos elementos», público y privado, «que no son sino (repetimos con Giner), aspectos reales y opuestos de todo Derecho. Así, es Derecho privado el Derecho todo, en cuanto es propio de la personalidad sustantiva e independiente de cada ser y referido a los fines de su vida, y es público, en cuanto atiende, por el contrario, a la subordinación y dependencia orgánica en que se encuentran colocadas todas esas personas entre sí con respecto al todo común de que son partes» (1).

6.ª El carácter de *público*, aplicado, en su significado tradicional, al Derecho del Estado, impulsa a considerar este Derecho como un Derecho especial, como el Derecho del *todo*, del *Estado*, asistido de un poder soberano de dominación y de mando, que requiere fuerza y medios de acción irresistible y reviste formas y métodos particularísimos. La naturaleza privilegiada que en muchos países de régimen constitucional alcanza la relación jurídico-pública, y en ella los actos de autoridad, los actos administrativos de mando, las manifestaciones del Poder público, actuando como Parlamento, como Ejecutivo o como Administración pública, proviene, sin duda, del influjo de esa concepción del derecho del Estado como un Derecho público de orden superior o supremo. El funcionario *público*,

(1) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 240.

cuando como tal obra, se reputa la mayoría de las veces, bajo la sugestión de la indicada concepción, como órgano inmediato del interés supremo —*publico, quod ad statum rei romani spectac; salus populi:* su acto es acto de *imperio*—, y, por ende, irresistible como sus mandatos, olvidando: 1.° Que el funcionario no es más que un representante del Estado, y 2.° Que la relación que el Estado entabla, mediante el funcionario, como relación jurídica, debe quedar *absolutamente* sometida, no sólo a la ley, sino, cuando no hay ley objetiva y normativa en el caso, esto es, cuando se trata de actos *discrecionales*, de pura *autoridad*, al *Derecho*, como exigencia universal.

12. Según todo lo expuesto, el Derecho administrativo, como Derecho, debe elaborarse y construírse atendiendo a como se diferencia y define en la vida real cada relación jurídica, y cada orden homogéneo de relaciones jurídicas, a saber: al contenido de la relación o de las relaciones; en otros términos, *a los fines de la personalidad*, que son los que han de constituír el contenido de la actividad jurídica. Dado este criterio, el Derecho administrativo, en general, habrá de caracterizarse desde el punto de vista del contenido, por referirse a la ordenación racional de los fines que impone una buena administración, y estrictamente por referirse a la ordenación racional de la actividad administrativa del Estado. De donde se infiere que el Derecho administrativo es, ante todo y esencialmente, un Derecho relativo al Estado, o sea un *Derecho político*. En su virtud, la *deducción* del Derecho *administrativo* en el sistema de las ramas jurídicas seguirá el carril lógico del Derecho *político* mismo; es, como él, un Derecho relativo al Estado, considerado como orden de la vida social *total*, en las con-

diciones que este orden supone, por comprender en sí, desde el Derecho, las diversas manifestaciones de la actividad racional que se producen en el seno de la comunidad política. Según advierte Giner, el Derecho político es *Derecho para el fin jurídico*. No coincide, naturalmente, el Derecho administrativo, ni en sus límites ni en su *cualidad*, con el político. Es éste más amplio, es *todo* el Derecho del Estado, mientras el Derecho administrativo es sólo una esfera del Derecho del Estado: la de la *Administración;* y así, el Derecho administrativo será, en este respecto, el Derecho *político especial de la función administrativa del Estado.*

CAPÍTULO II

LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. — ENCICLOPEDIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

1. La consideración del Derecho administrativo como derecho relativo a una *función distinta* del Estado, justifica, a nuestro juicio, suficientemente la posibilidad y utilidad de la elaboración del mismo, como una *rama autónoma*, en el sistema general de las disciplinas jurídicas. La realización práctica de la función administrativa por el Estado, procura la materia propia o el contenido de un orden administrativo distinto, constituyendo su estudio el objeto especial de una disciplina científica.

2. La contemplación del objeto del Derecho administrativo, como *Derecho*, impone la necesidad de considerarlo desde el punto de vista de su *realización jurídica*, ya que «el Derecho — todo Derecho — existe para realizarse» (1), manifestándose aquí su realización en cuanto se refiere a la actividad racional de las personas administrativas, que obran y viven como seres de Derecho. La actividad jurídico-administrativa se ofrece, sin embargo, en la consideración doctrinal bajo un doble aspecto, que en manera alguna rectifica la necesidad reconocida de la *realización ju-*

(1) Ihering, *Esp. del Derecho romano*, 3.ª edic. francesa, vol. III, pág. 16.

rídica, antes bien, ayuda a explicarla y comprenderla. De un lado, en efecto, el Derecho es para nosotros una *idea*, y por ende tendemos a considerarlo como parte de nuestros conocimientos o del saber, posible o actual, y de otro, desde el punto de vista de su realidad objetiva, como elemento real de la vida, como actividad efectiva del Estado — en suma, como *fin práctico* (1). De ahí un primer desdoblamiento del Derecho administrativo, según que le consideramos en su aspecto *teórico*, como objeto del *conocer*, o en su aspecto *práctico*, como materia del *hacer* y como exigencia de la vida.

3. El aspecto *teórico* del Derecho administrativo, es decir, el Derecho administrativo como *idea*, se refiere a la relación de conocimiento de su objeto: sea como conocimiento vulgar, de todos; rutina administrativa, ya como conocimiento técnico, conocimiento reflexivo: la ciencia. En su virtud, en el aspecto teórico del Derecho administrativo, se comprende lo mismo el saber administrativo formado bajo el impulso latente del sentido jurídico rudimentario, verbigracia, del pedáneo rural o de la asamblea primaria de un Concejo, que el profundo saber del funcionario más hábil o las lucubraciones más elevadas de un Stein.

La existencia positiva de aquel conocimiento general difuso, parécenos fácilmente demostrable. La simple condición de ciudadano coloca al individuo en situación de relacionarse, con mayor o menor intimidad y continuidad, con la actividad administrativa del Estado, suscitando en él, por modo espontáneo, la necesidad de darse cuenta de fenómenos y hechos específicamente administrativos, y en cuya realización

(1) Véase Giner, ob. cit., § 2.°

a menudo se ve obligado a intervenir. Para la efectividad de este conocimiento, no importa que el ciudadano no alcance plena conciencia reflexiva de su verdad: basta, en efecto, que exista; y así, por ejemplo, basta que el ciudadano se dé cuenta de la realidad de un reparto vecinal, del hecho del pago de un servicio de comunicaciones, etc., para que exista la relación *teórica* a que nos referimos.

La extensión y la intensidad de este conocimiento general del Derecho administrativo depende de muy varias circunstancias: depende, sobre todo, de lo despierto que esté en la sociedad el sentido jurídico; y como objeto especial, esto es, en cuanto lo administrativo supone una *técnica* particular y una función específica, el grado de aquel conocimiento dependerá del de la cultura del pueblo. De todos modos, lo que importa sentar es que tal conocimiento existe formando parte del caudal teórico y del saber general en todo Estado.

4. Sobre este *saber general* ha de edificarse la *ciencia del Derecho administrativo* de cada Estado y momento. La ciencia del Derecho administrativo, aspiración primero de la razón humana, y luego resultado obtenido por obra de la reflexión en la relación de conocimiento, caracterizada en todo caso por la cualidad de éste, tiende a comprender, con la intensidad posible, y en la extensión alcanzable, la total actividad jurídica del Estado en la función administrativa. El conocimiento reflexivo de esta actividad en sí misma y en sus diferentes aspectos, expuesto sistemáticamente, es lo que constituye el conocimiento científico, *enciclopédico*, del Derecho administra tivo.

5. Hay, pues, una *Enciclopedia del Derecho administrativo*, verdadero sistema llamado a comprender

el *objeto* del Derecho administrativo, considerado, en sus aspectos esenciales, como materia de conocimiento.

El contenido de la Enciclopedia del Derecho administrativo no puede fijarse atendiendo a la suma o agrupación del mayor número de cuestiones independientes, consideradas como asuntos de monografías particulares, cual ocurre, verbigracia, con no pocas Enciclopedias usuales del Derecho (1). Tienen, sin duda, estas verdaderas *Summas*, carácter enciclopédico, pero no son Enciclopedias en el sentido sistemático y orgánico de la palabra: no tienen más de sistemáticas que los grandes diccionarios de ciencias políticas, que en Alemania, y en otros países, suelen publicarse (2). La Enciclopedia, como exposición sistemática, no se caracteriza por el *cuanto* de los conocimientos reunidos, sino por razones arquitectónicas y de fondo, y en cuanto se procede a su ordenación atendiendo a la disposición lógica de los puntos de vista generales o totales del objeto de la enciclopedia en sí y en sus determinaciones. En su virtud, cabe una concepción enciclopédica del Derecho administrativo, considerado en la unidad de su objeto, y de muy diversas proporciones en cuanto a la exposición del *cuanto* objetivo de la investigación.

6. Lo esencial, es considerar íntegramente el objeto del Derecho administrativo desde puntos de vis-

(1) Por ejemplo, la *Encyclopädie der Rechtswissenschafts*, de Holtzendorff, Berlín, 1882. cuarta edic., obra de varios juristas y filósofos. Tienen un corte análogo el *Handbuch* (Manual) de *Economía política*, de Schomberg, y el *Trat. di Diritto amministrativo*, de Orlando.

(2) Por ejemplo, el *Rechslexicon*, de Holtzendorff; el *Staatswörterbuch*, de Conrad, o la *Enciclopedia jurídica*, de Seix.

ta generales y comprensivos. Y a nuestro modo de ver, una construcción enciclopédica del Derecho administrativo abarcaría: 1.° Los *Modos* según los cuales puede ser tratado su objeto; 2.° El *propósito* diverso que se persiga en el conocimiento; 3.° Los *aspectos científicos formales* de dicho objeto, y 4.° Las *determinaciones específicas* concretas nacidas de lo vario de su contenido.

7. En cuanto a los modos de tratar el Derecho administrativo, surgen éstos desde luego, lo mismo al proponernos el problema general del Derecho administrativo, que al considerar un problema particular de su ciencia, verbigracia, el régimen local. En efecto: o nos preguntamos lo *que es* el Derecho administrativo, o una de sus órdenes e instituciones, o bien queremos saber cómo *se ha* entendido o producido en Francia, Inglaterra, España....., el Derecho administrativo, o una de sus instituciones u órdenes.

De estos *dos* primeros *modos* de considerar el problema o los problemas administrativos, resultan dos ciencias fundamentales, que, con relación a nuestro objeto, denominaremos: *Filosofía del Derecho administrativo* e *Historia del Derecho administrativo.*

Por otra parte, la consideración del Derecho administrativo como *hecho*, como producto *real* de la actividad de *un* Estado, sugiere la operación mental de la *crítica,* esto es, su explicación ideal, a la luz de las *ideas* filosóficas (criterio); tal ocurre, verbigracia, cuando *criticamos,* con arreglo a los principios y en virtud del conocimiento de las circunstancias del hecho o del fenómeno, la centralización francesa. Esta operación, distinta de la histórica, y que mira al porvenir, da vida a una tercera ciencia *filosófico-histórica* del Derecho administrativo. Por donde, según se ve,

resultan tres ciencias fundamentales, que responden a modos distintos de verificar el conocimiento de nuestro objeto, a saber:

1.° *Filosofía del Derecho administrativo*, o sea conocimiento del Derecho administrativo en los *principios*; propósito; conocimiento del Derecho administrativo en sí y en sus varios y complejísimos asuntos; problema que lo sintetiza; *lo que es el Derecho administrativo.*

2.° *Historia del Derecho administrativo*, esto es, conocimiento del Derecho administrativo en *los hechos;* propósito; cómo se ha producido, en circunstancias *dadas de lugar y de tiempo*, el Derecho administrativo como obra de cada Estado o como expresión formal del pensamiento humano; problema que sintetiza toda esta ciencia: *lo que ha sido positivamente en el tiempo y en el lugar el Derecho administrativo.*

3.° *Ciencia filosófico-histórica del Derecho administrativo*, esto es, *crítica* de la historia, o sea consideración, desde el punto de vista de los *principios* del Derecho, de los *hechos* en que se ha revelado el Derecho administrativo; propósito; puede ser, o la simple crítica del *pasado*, por lo que éste vale en sí mismo, o bien la iniciación u orientación del porvenir, en vista del pasado y de las condiciones del estado actual del Derecho administrativo, como obra de un Estado.

8. La complejidad del objeto del Derecho administrativo por un lado, y, por otro, la riqueza variadísima de sus manifestaciones históricas, constituyen la base de las diferentes ramas particulares, comprensivas, bien sea de los diversos problemas de la Administración del Estado, bien de las diversas combinaciones del saber histórico. La historia del Derecho administrativo, en efecto, puede ser historia *universal* del Derecho administrativo o historia particular limitada:

1.°, a un pueblo o varios pueblos; 2.°, a una o varias épocas de la Humanidad; 3.°, a una o varias instituciones: *a*) En la vida universal; *b*) En uno o varios pueblos; *c*) En una o varias épocas humanas de un pueblo o de varios pueblos, etc.

Además, este estudio histórico puede revestir el carácter especial de comparado, constituyendo la base de un procedimiento científico. Por último, en este género de estudios de carácter histórico, y que pueden ser críticos y comparativos, debe citarse especialmente el estudio del *Derecho positivo actual vigente* en uno, varios o en todos los pueblos..

9. Otro punto de vista que determina una distinción interior del saber enciclopédico del Derecho administrativo es el que se ofrece en el *propósito* o *tendencia* de la investigación científica. Tratándose de objeto real, relacionado esencialmente con la conducta del hombre como el Derecho en general, y en cualquiera de sus ramas, el conocimiento—filosófico, histórico, filosófico-histórico—puede tomar una dirección puramente ideal, desinteresada, en pura *teoría* sin valor *inmediato* de carácter *práctico;* tal operación de conocimiento da vida a lo que llamamos *Doctrina de la ciencia del Derecho administrativo;* pero, además, dicho conocimiento puede entrañar, sin salir de la teoría, una tendencia de aplicación inmediata a la vida mediante un *hacer* reflexivo, interesado, práctico; pero no en *el hecho*, sino en el propósito: tal operación, de conocimiento también, muy propia del jurista y del funcionario, constituye la base de la *técnica del Derecho administrativo*.

10. Por último, teniendo siempre en cuenta: 1.°, que todo problema del Derecho administrativo puede ser considerado de un *modo filosófico*, *histórico* y *filosófico-*

histórico, y 2.º, que todo problema del Derecho administrativo puede interesar, bien sea de una manera puramente ideal, *desinteresada* y estrictamente científica, bien de una manera *práctica* y *técnica*, la Enciclopedia comprende una posible diferenciación de sus materias, por razón, según decíamos, de los *aspectos formales científicos* bajo que el Derecho administrativo puede ser contemplado, y de sus *determinaciones específicas*.

No sería fácil trazar aquí un cuadro exacto de las diversas ramas que en estas divisiones enciclopédicas pueden comprenderse. Los *aspectos formales científicos* y sus ciencias, tienen su razón en el natural entrecruzamiento de los diferentes órdenes de la realidad, en que se concreta y produce la conducta humana. Son, pues, tales órdenes muy varios y distintos. Sin que nos propongamos ofrecer en estas condiciones un cuadro completo y acabado de las ciencias particulares que pueden resultar de la consideración del Derecho administrativo desde tan diferentes puntos de vista, señalaremos las siguientes:

1.º La *Ética* del Derecho administrativo, esto es, la consideración del carácter ético de los actos administrativos, en cuanto éstos desarrollan una conducta del Estado, ser de naturaleza *ética*.

2.º El *Arte*—no en el sentido de la aplicación *técnica* del Derecho administrativo, sino para significar la forma ordenada, oportuna, proporcionada, adecuada a su objeto del esfuerzo administrativo (1).

(1) Aun cuando pueda parecer a algunos caprichosa la afirmación de una *estética jurídica*, sin embargo, no por ello dejamos de señalar su existencia. Ya Ihering decía: «Podrá acaso encontrarse cierta afectación al oirme hablar del sentido artístico o del sentido de lo bello en el Derecho; pero la

3.° La *Economía* del Derecho administrativo, esto es, el Derecho administrativo considerado en la relación de *utilidad* que como todo Derecho contiene, y la cual somete la conducta del Estado y de sus representantes, en su función de administrar, a la ley *económica* de la realización de los fines, según su respectiva importancia, y con el mínimo esfuerzo *necesario* para cumplirlos.

4.° La *Política*, o sea acción del Estado en el Derecho administrativo, y en cuanto se considera la política como la teoría de la conducta del Estado en la tarea funcional de administrar.

5.° La *Estadística* del Derecho administrativo, es decir, la ciencia de los factores numéricos que integran la Administración.

6.° La *Geografía* del Derecho administrativo, o sea la ciencia de la adaptación del Derecho administrativo al medio físico como habitación del Estado-comunidad *espacial* por esencia.

7.° La *Sociología* del Derecho administrativo, o sea estudio de éste como objeto sociológico, y en cuanto el Derecho es un fenómeno social.

11. Desde el punto de vista de las determinaciones concretas del contenido del Derecho administrativo, se impone la distinción y diferenciación riquísima, monográfica de sus ramas, atendiendo, ya sea a las esferas *totales* de la personalidad política como personali-

---

cosa misma lo implica», añadiendo luego en la nota: «Esta apreciación se produjo hasta entre los mismos juristas romanos: conocían éstos un sentimiento de lo bello jurídico, admitiéndolo como legítimo.» Que se recuerde si no, por ejemplo, la censura de *inelegantia juris*, en Gayo, I, § 84, 85, y la ley de la simetría, L. 35, L. 100 de R. J., 50, 17. (Véase *Esp. del Derecho romano*, III, pág. 71, 3.ª edic. franc.)

dad administrativa, ya a las ramificaciones especiales de sus materias. En el primer respecto, y refiriéndonos a las condiciones propias, históricas del Estado moderno, se pueden señalar las siguientes disciplinas:

1.° Un Derecho administrativo *local: a*) Del Municipio en sus diversas formas típicas: rural, urbano o mixto, simple o compuesto; *b*) De la provincia (o esferas intermedias, según los países); *c*) De las regiones (Cantones, Estados incluídos en un Estado federal).

2.° Un Derecho administrativo *nacional.*

3.° Un derecho administrativo *especial* de las *colonias* o comarcas dependientes de un Estado, en régimen de autonomía, de asimilación, de sumisión, de protectorado, de mandato de la Sociedad de las Naciones, etc., etc.

4.° Un Derecho administrativo *internacional,* con la tendencia a constituírse en *universal,* y que tiene hoy ya una expresión inicial en la Sociedad de las Naciones.

5.° Un Derecho administrativo de las corporaciones *especiales* como personas administrativas: verbigracia, el Derecho administrativo de la enseñanza, la Universidad, la escuela; de la beneficencia, corporaciones benéficas, etc.

En el otro respecto, el Derecho administrativo se especializa por razón de su objeto particular, habiendo así Derecho administrativo de la *población,* del *territorio,* de la policía *administrativa,* de los *servicios* de aguas, minas, montes, etc., de la *acción social,* del *orden económico,* del *ejército,* del Poder judicial, del Poder legislativo, del Jefe del Estado, etc. etc.

12. Con el objeto de que pueda formarse una idea de todo el contenido sistemático de la Enciclopedia, resumiré lo expuesto en el adjunto cuadro sinóptico.

(Págs. 133 a 140.)

rativo como capítulo de la *Biología jurídica.*
erecho administrativo por sí: aplicación del método

, tendencias, publicistas (monografías).

o o varios pueblos.
a o varias épocas (general).
a o varias épocas de uno o varios pueblos.
a o varias institucio... { *a'*) En la vida en general. *b'*) En uno o varios pueblos. *c'*) En una o varias épocas de uno, varios o todos los pueblos.

ente: reconstrucción y *reforma* del mismo.

l .. { *a*) Rural ..... *b*) Urbano.... *c*) Mixto..... } Simple o complejo.
ial.
al.

ia.
ión.
.
rados, etc.
Naciones).
ales (establecimientos públicos).

e aguas, montes, minas, obras públicas, etc.

- **Enciclopedia del Derecho administrativo**
  - **I.—*Modos* del conocimiento. — *Ciencias fundamentales***
    - 1.° *Filosofía* del Derecho administrativo
      - A. General.
      - B. Filosofía de la historia: el Derecho administrativo como capítulo de la *Biología jurídica*.
      - C. Consideración filosófica de cada rama del Derecho administrativo por sí: aplicación del método *monográfico*.
    - 2.° *Historia* del Derecho administrativo
      - A. Historia de las ideas
        - I. General.
        - II. Particular: de sistemas, tendencias, publicistas (monografías).
      - B. Historia del Derecho administrativo positivo
        - I. General.
        - II. Particular
          - *a*) De uno o varios pueblos.
          - *b*) De una o varias épocas (general).
          - *c*) De una o varias épocas de uno o varios pueblos.
          - *d*) De una o varias instituciones
            - *a'*) En la vida en general.
            - *b'*) En uno o varios pueblos.
            - *c'*) En una o varias épocas de uno, varios o todos los pueblos.
    - 3.° Ciencia *filosófico-histórica* del Derecho administrativo.
      - A. *Crítica retrospectiva*.
      - B. Consideración del Derecho administrativo *vigente: reconstrucción* y *reforma* del mismo.
  - **II.—*Propósito* del conocimiento**
    - 1.° *Doctrina* de la ciencia del Derecho administrativo.
    - 2.° *Técnica* del Derecho administrativo.
  - **III.—*Aspectos* científicos *formales***
    - 1.° *Ética*
    - 2.° *Arte*
    - 3.° *Economía*
    - 4.° *Política*
    - 5.° *Estadística*
    - 6.° *Geografía*
    - 7.° *Sociología*

    Relativos al Derecho administrativo.
  - **IV.—Distribución monográfica *especial* del Derecho administrativo**
    - 1.° Según las *personas administrativas*
      - A. Derecho administrativo *local*
        - I. *Municipal*
          - *a*) Rural
          - *b*) Urbano
          - *c*) Mixto

          Simple o complejo.
        - II. *Provincial*.
        - III. *Regional*.
      - B. — — *nacional*
      - C. — — *colonial*
        - *a*) Autonomía.
        - *b*) Asimilación.
        - *c*) Sumisión.
        - *d*) Protectorados, etc.
      - D. — — *internacional* (Sociedad de Naciones).
      - E. — — de las *corporaciones especiales* (establecimientos públicos).
    - 2.° Según las *materias*.
      - A. — — del *territorio*.
      - B. — — de la *población*.
      - C. — — de los *funcionarios*.
      - D. — — de la *policía*.
      - E. — — de los *servicios* especiales de aguas, montes, minas, obras públicas, etc.
      - F. — — del *orden económico*.
      - G. — — de la *fuerza armada*.
      - H. — — *social*.
      - I. — — del *orden internacional*.

Ahora bien: debe tenerse en cuenta que las *cuatro* grandes divisiones que constituyen el cuadro enciclopédico y sistemático del Derecho administrativo, no suponen series paralelas de ciencias jurídico-administrativas, sino *puntos de vista* íntimamente relacionados y necesariamente *compenetrables*. En efecto, la amplia concepción enciclopédica del Derecho administrativo que queda bosquejada, señala el campo entero en que el pensamiento puede moverse y las *direcciones* o *modos*, *propósitos*, *aspectos* y *esferas* que particularmente pueden interesar al investigador: así puede interesar sólo la filosofía, o la historia, o la crítica de *todo* el Derecho administrativo o de uno de sus problemas o determinaciones; puede interesar el conocimiento de *todo* o *parte* del Derecho administrativo con un propósito *doctrinal* o con un propósito *práctico;* puede interesar el *lado ético*, el *artístico*, el *económico*, etc., del Derecho administrativo, y, por fin, *puede* interesar el Derecho administrativo de una persona dada o de varias, y el de ésta o aquella institución o materia. Y no sólo esto: las direcciones o modos, los propósitos, los aspectos y las esferas, se combinan o pueden combinarse de una manera variadísima. He aquí cómo: la filosofía, la historia y la ciencia filosófico-histórica del Derecho administrativo, pueden formarse total o parcialmente con un *propósito doctrinal* o *práctico;* pueden referirse a cualquiera de los *aspectos* ético, económico, artístico, etc., y tener como contenido inmediato el Derecho administrativo *local*, *nacional* etc., o el de cualquiera de las *ramas* administrativas. Por otra parte, cualquiera de los *aspectos* o *esferas* puede interesar con un propósito práctico o doctrinal.

CAPÍTULO III

LA TÉCNICA Y EL ARTE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. En el capítulo anterior decíamos que el Derecho administrativo se puede considerar como *idea* y como *fin práctico*. Prescindiendo ya del primer aspecto, nos limitaremos a hablar del Derecho administrativo como *fin práctico*, exponiendo en breves términos una *doctrina de la práctica jurídico-administrativa* (1).

2. El carácter *práctico* del Derecho administrativo

---

(1) En los interesantes *Apuntes* del Sr. De Pena puede verse un capítulo, el IX, acerca de la *técnica en la Administración*. El Sr. De Pena se fija principalmente en el aspecto *técnico-administrativo*, abandonando el *técnico-jurídico*. Por mi parte, considero el presente trabajo como un simple ensayo, hecho teniendo como principal inspirador a Ihering (ob. cit., III). Véase el interesantísimo folleto del Profesor Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del Diritto publico*. Bolonia, 1880. De rehacer íntegramente el TRATADO con la debida intensidad, este capítulo necesitaría una total reconstitución. Creo, sin embargo, que aun dejándolo como está, puede tener algún interés, ya que el problema en él considerado, no sólo no ha perdido su interés, sino que cada día lo tiene mayor. Bien puede asegurarse, en efecto, que una de las más urgentes y fecundas labores de la ciencia del Derecho administrativo es la enderezada a construir una técnica jurídica adecuada.

resulta, de su naturaleza *jurídica*, por ser un *derecho:* todo derecho, en efecto, se refiere y es para la *conducta* en la *vida;* «lo que decide el valor del Derecho no es el contenido abstracto de las *leyes*, ni la justicia escrita en el papel, ni la moralidad en las palabras: la realización objetiva del Derecho en la vida, la energía con la cual lo que se reconoce y proclama como necesario se persigue y ejecuta, he ahí lo que consagra su verdadero valor». Por otra parte, dicho carácter práctico se advierte especialmente recordando el contenido del Derecho administrativo: objeto o contenido de éste es, en efecto, la Administración del Estado, o sea una función que se desarrolla en un orden de actos que implican *obra* que ha de *hacerse*, fines que han de cumplirse, *prácticas* que han de realizarse en forma adecuada y merced a un esfuerzo de persona.

3. El carácter *práctico* del Derecho administrativo plantea concretamente un problema general jurídico que, sin perder su valor general, reviste, por razón de la naturaleza del objeto especial a que nos referimos—la Administración del Estado—, un aspecto particular, y es el siguiente: siendo el Derecho administrativo un *fin práctico*, esto es, para la vida y de ella (1), *¿cómo* se realiza? No basta saber y afirmar que el Derecho se realiza, sino que es preciso también saber *cómo* se realiza: ¿de qué nos serviría la incertidumbre e infalibilidad de la realización, si su marcha fuese tan pesada y tan lenta que el hombre no llegara a ver cumplido su derecho sino al borde de la tumba? (2). La resolución de éste problema reclama la elaboración

(1) El carácter *necesario* del Derecho infiérese de su concepto. Véase *Tratado de Derecho político*, tomo I, lib. I.

(2) Ihering, *Esp. del Derecho romano*, tomo III, pág. 16.

del *método jurídico*, o sea la determinación del *medio o medios exigidos por el Derecho administrativo y del modo de aplicarlos para su adecuada y eficaz realización, teniendo en cuenta su naturaleza esencial y las condiciones generales y particulares bajo que aquel derecho puede y tiene que cumplirse*, lo cual quiere decir que el *método jurídico*, en la adaptación o aplicación del Derecho a la función administrativa del Estado, no debe ser *una regla exterior, arbitrariamente aplicada a la actividad administrativa* (1).

4. Pero ¿y cómo se realiza el Derecho, es decir, cómo se vive positivamente el Derecho? El Derecho, se ha dicho repetidas veces, se cumple y pone en práctica por la *persona*. En la conciencia del pueblo, constituído en persona colectiva del Estado, se elabora el Derecho, que el propio pueblo cumple y hace efectivo. Siendo el Derecho condición esencial de la vida del pueblo, exigencia íntima de su espíritu, el pueblo vive el Derecho, según la fecunda concepción de la escuela histórica, de un modo espontáneo; en tal supuesto, todo Derecho es, en gran parte—como Derecho positivo—, obra del pueblo entero, y tiene, como fuente inmediata, la *sana razón humana*—dice Ihering (2)—, que luego se *precipita*, con formas más o menos complicadas, en la *costumbre jurídica*, alentada e impulsada siempre por el *sentimiento del Derecho*.

5. Pero el Derecho no es sólo obra espontánea del sentimiento jurídico del pueblo: el sentimiento jurídico es la semilla —dice Ihering—, y la semilla contiene el germen del árbol, pero no es el árbol mismo.

(1) Ob. cit., III, pág. 6.
(2) Ob. cit., III, pág. 13.

«El Derecho no crece y prospera sino porque la vaina que lo contenía se ha entreabierto, pudiendo así pasar de la esfera del puro *sentimiento* jurídico, al dominio de la *ciencia* jurídica (1)», lo cual, prácticamente, quiere decir, que, al lado del Derecho, como obra del puro sentimiento, la semilla, existe el Derecho como obra de la reflexión, que puede ser el árbol desenvuelto de complicadas ramas, irreductible a la semilla primera, incomprensible a veces por los profanos, y materia propia para las tareas del jurista.

Y así se perfilan las dos grandes esferas de la práctica jurídica, o, lo que es lo mismo, del Derecho considerado como *fin práctico*. El Derecho, como condición universal, necesaria, de toda conducta racional, actúa como exigencia formal respecto de todo acto de la persona, individual o colectiva; por otra parte, el Derecho, complejo y complicado, como la vida humana, sigue su ritmo vario, y se condensa en órdenes diversos de determinaciones y de relaciones de naturaleza especial, que exigen un entramado institucional propio, procedimientos adecuados, formas y fórmulas expresivas de sus diferentes determinaciones y un lenguaje apropiado. Esta naturaleza compleja y complicada del Derecho, sólo puede dominarse por la *ciencia* y por la *pericia;* y por eso el Derecho si, por un lado, es objeto del estudio reflexivo, por otro lo es del *hacer reflexivo*, del hacer con arte, formando así el contenido particular de no pocas profesiones sociales, de las cuales la más general es la del jurista. El papel del jurista, pues, puede resumirse, no en el del *cumpli-*

(1) Ob. cit., III, páginas 12 y 13.

dor por excelencia del Derecho (1), sino en el del *guía reflexivo de la práctica jurídica (técnico, perito, experto)*.

6. La doctrina expuesta se aplica al Derecho en general y a cada una de sus ramas. No podía ser una excepción el Derecho administrativo: también en éste es preciso distinguir, desde el punto de vista de la práctica, esas dos formas de la realización del Derecho: universal, difusa, *de todos*, la una; específica, concreta, intensa, *de algunos*, la otra. La Administración del Estado es, en sí misma y por las exigencias jurídicas que entraña, un interés *general*, un interés *práctico* que afecta, aunque desigualmente, a todo el *Estado*, y, por ende, a todos sus elementos y factores. En primer lugar, puede señalarse un interés difuso, sin excitantes enérgicos, que conmuevan el alma de las gentes de un modo positivo, llevándola a la acción: tal interés podríamos formularlo diciendo que *a todos importa* que el Estado se administre bien y según el Derecho. En segundo lugar, puede señalarse la acción eficaz de un interés definido y más o menos intenso, que pide y exige y pone en actividad el esfuerzo, el necesario para procurar al Estado el organismo requerido por su fin y para la gestión de los servicios que constituyen los objetivos concretos de su actividad. Pero como el organismo político lo forman todos los miembros del Estado, y como toda actividad del Estado tiene su cimiento en la sociedad entera, de donde dimanan sus medios y la materia de sus funciones,

---

(1) El jurista, en sí, no cumple más Derecho que el *suyo* y el que por sí mismo puede cumplir. Como jurista, una de sus funciones principales es la de enseñar el camino complicado del Derecho, cuando otros no ven claro cuál es este camino.

y en donde se sustentan sus órganos, de ahí que la Administración sea, ante todo, obra colectiva de todos los ciudadanos.

Los ejemplos demostrativos de esto abundan. De un lado tenemos el hecho según el cual el Derecho de un Estado—y el Estado mismo—son obra del espíritu colectivo del pueblo. Notorio es además que el Derecho administrativo lleva siempre el sello propio de la raza, de la tradición, del medio social, del ideal político del pueblo; bastaría, para demostrarlo, comparar la estructura real de la organización político-administrativa de Francia o España con la de Inglaterra o Suiza (1).

Por otra parte, las diversas manifestaciones en que la Administración se produce y concreta, por ejemplo, la organización territorial y la personal, las operaciones estadísticas, el orden público, el económico, la fuerza armada, la tutela social, no se concibe que puedan desarrollarse normal y eficazmente sin la participación activa general o en un ambiente de apoyo y de simpatía colectivos. ¿Cómo podría obrar el Estado como administrador de los intereses comunes sin el concurso del todo social? Este concurso no será uniforme ni de igual intensidad; pero aunque sea indeterminable, la Administración exige un mínimum de participación de los miembros del Estado en sus funciones esenciales. Es característica del Estado constitucional moderno el reconocimiento de una participación mínima expresa, de los ciudadanos capaces, en las funciones administrativas; sin negar el carácter *técnico* de las referidas funciones, a la vez que tal ca-

(1) Véase nuestro libro *El Derecho Municipal de la Ciudad Moderna* (1916).

rácter se afirma como base de la organización funcional, se scentúa la intervención del elemento social, llamado por algunos *neutro*, en las corporaciones a cuyo cargo corren los grandes intereses colectivos de los pueblos que exigen tantas normales intervenciones de elementos *técnicos*.

7. He aquí, a nuestro juicio, el principio generador de la *práctica* del Derecho administrativo: el *Derecho administrativo es un interés práctico social*, y, en su virtud, es *obra de todos los miembros del Estado; la función administrativa tiene su raíz y cimiento en la conciencia colectiva; toma su carácter jurídico de la acción espontánea del pueblo, siendo el obrar general de los ciudadanos en la Administración del Estado una acción indeterminada y difusa, y concretable en usos y costumbres, la base orgánica viva en que ha de apoyarse la Administración como función específica y en cuanto exige la constitución de una rama del Derecho reflexivamente elaborado.*

8. Pero al lado de esta amplia manifestación de la acción administrativa se produce otra caracterizada, como ya hemos visto con relación al Derecho en general, por la mayor intensidad con que el sujeto-Estado vive el Derecho administrativo. El Derecho administrativo, en verdad, además de comprender a todos los miembros del Estado por entero, y hasta un *mínimum* por igual, se ofrece a los diferentes miembros con desigual fuerza, despertando en ellos un desigual interés. En primer lugar, puede decirse de él, como de todas las demás esferas del saber humano, que la contemplación detenida de su objeto, su observación y estudio reflexivo, constantemente continuados, conducen necesariamente a concepciones y explicaciones específicas que no están desde luego al alcance de to-

dos (1), y, en su virtud, cabe afirmar que la persistencia en el conocimiento y en la práctica del Derecho administrativo, provocan una mayor aptitud para comprender y vivir las complejas relaciones de la Administración, y una más delicada habilidad en el manejo y empleo práctico de los medios jurídico-administrativos.

9. Y así nace la posibilidad y necesidad del *especialista* del Derecho administrativo, llamado, bajo la acción de la ley de distribución social del trabajo, a realizar prácticamente o a facilitar, con intervenciones reflexivas, la aplicación práctica del Derecho administrativo: actúe el *especialista*, ya sea desempeñando *oficialmente* funciones administrativas del Estado, ya sea resolviendo, merced al conocimiento adecuado de las condiciones y exigencias prácticas del Derecho administrativo, las dificultades que la realización de éste ofrezca en la vida positiva de la Administración. Perfílanse aquí los dos agentes especiales del Derecho administrativo: el *funcionario público* y el *jurista*. Esto aparte la intervención que en la elaboración reflexiva del Derecho administrativo corresponde al hombre de Estado y al legislador.

10. Mas ¿cómo debe entenderse la realización específica del Derecho administrativo? Los agentes específicos del Derecho administrativo, son *representantes* del Estado en su *función* jurídico-administrativa, y viven intensiva y reflexivamente el derecho de tal función en cuanto la cumplen de un modo intencional. El Estado, que recibe el impulso administrativo de la masa humana de su comunidad política, convierte sus fuerzas de un modo específico hacia las ne-

(1) Consúltese Ihering, ob. cit., III, pág. 12.

cesidades determinantes de la Administración, y verifica, mediante *sus agentes*, la función administrativa de un modo especial, a causa de la complejidad real del contenido o materia de dicha función. Y al efecto, los agentes *deben* conocer y *han* de practicar la administración reflexivamente.

Si, verbigracia, los ciudadanos, en general, *contribuyen* al sostenimiento del Estado con el impuesto, y advierten o sienten de modo espontáneo inmediato el esfuerzo exigido para el pago del impuesto, y lo realizan, acomodándose a la ley, el funcionario administrativo o los funcionarios administrativos deben conocer, con la intensidad y detalle necesarios, la razones determinantes del impuesto de que se trata, los misterios de su difusión justa, los de su incidencia, las formas adecuadas para su cobro fácil y su aplicación prudente; y cuando se llegue a la práctica realización de las operaciones que el impuesto exige, el funcionario debe, no sólo ser hábil administrador del mismo, sino experto y prudente aplicador del Derecho a *su* conducta. Al definir el *funcionario* y el *jurista* como agentes específicos de la realización práctica de Derecho administrativo, no quiere decirse que vengan llamados a elaborar por sí esta rama jurídica, al modo que un fabricante elabora un producto que luego ofrece al mercado. El *Derecho*, como la *Moral*, no se puede *producir* o condensar en productos concretos, como verbigracia, un libro o una casa. El Derecho administrativo se *vive*, y sólo lo *vive* el sujeto de la relación jurídica del caso y momento.

11. Todo lo concerniente a la realización reflexiva y específica del Derecho administrativo constituye su TÉCNICA. La técnica, pues, del Derecho administrativo ha de asentarse, de un modo general, en el *conocimien-*

to reflexivo, con propósito práctico, del contenido real del Derecho y de la Administración del Estado en la conjunción formal del Derecho administrativo. Respecto del agente, la *técnica* exige en él la *capacidad* suficiente para traducir en *actos* oportunos el contenido de la función y de las relaciones jurídico-administrativas.

Según todo lo expuesto, los técnicos del Derecho administrativo son: el *funcionario*, por razones predominantemente *técnico-administrativas*, y el *jurista*, por razones predominantemente *técnico-jurídicas*. En el funcionario, por lo general, no siempre, pues hay funcionarios juristas (1), predomina el aspecto *técnico-administrativo*, porque su misión es administrar, aunque sea según el Derecho, y así no puede ignorar la *técnica jurídica* de su función. En el jurista—que puede ser funcionario, pero que no puede serlo oficialmente (2)—predomina el aspecto *técnico-jurídico*, toda vez que su misión inmediata es, determinar el camino del Derecho en la realización de las funciones administrativas. En todo caso, ambos deben ser conocedores, cada uno desde su punto de vista, de la estructura y de las exigencias de fondo y formales de la realización de la función administrativa del Estado. Además, el funcionario y el jurista, no sólo son los llamados a conocer y aplicar *técnicamente* el Derecho administrativo, sino que la *técnica misma es obra suya de modo predominante*.

La técnica viene a ser el resultado de una natural

---

(1) Por ejemplo, un magistrado de un Tribunal administrativo.

(2) Por ejemplo, el abogado que dirige un asunto administrativo.

colaboración de la ley, del administrador—funcionario—y del jurista, merced a la acción de los usos y las costumbres y de la jurisprudencia, y al influjo de las doctrinas.

12. Veamos de un modo más concreto lo que es la técnica jurídica del Derecho administrativo y cuál su función propia. Partimos del supuesto según el cual el Derecho administrativo debe realizarse *necesariamente*. Pero los hombres tienden, es ley de vida, a realizar lo *necesario* de un modo *fácil* y *rápido* (1), a la vez que *intensivo* y *eficaz;* y siendo esto así, la técnica es la aplicación del Derecho administrativo, realizada *fácil* y *rápidamente* de modo *intenso* y con resultados *eficaces;* su función, así como la de los técnicos, se resume en lograr que aquella aplicación se produzca, efectivamente, según las condiciones y exigencias indicadas.

13. La técnica supone operaciones muy variadas, que, sin embargo, pueden resumirse en dos capitales, que son:

Primera: el *conocimiento* del Derecho administrativo. «Quien quiera aplicar el Derecho con la seguridad debida, escribe Ihering (2), debe, ante todo, ser dueño de la materia, dominarla intelectualmente.» Como consecuencia de este conocimiento, realiza la técnica una función importantísima, que Ihering ha definido muy adecuadamente, con respecto al Derecho en general. Tal función es la de la *simplificación* cuantitativa y cualitativa del Derecho, esto es, la reducción a reglas generales de orientación práctica, por procedimientos adecuados, de la variedad empírica de los

(1) V. Ihering, ob. cit. III, pág. 22.
(2) Ob. cit., III, págs. 23 y siguientes.

casos y de relaciones jurídicos. Esta función toca en gran parte al legislador, pero además, y muy especialmente en el Derecho administrativo, al funcionario público y a la jurisprudencia. La operación esencial consiste en *simplificar* el empleo del material jurídico a través de las complejas exigencias de la realidad, lo cual pide: 1.° La reducción de los varios elementos del Derecho administrativo a sus partes fundamentales; 2.° La concentración lógica de la materia: elaboración de fórmulas, de métodos, de instituciones, de situaciones jurídicas, de derechos personales; 3.° Su ordenación sistemática, y 4.° La formación de una terminología racional adecuada del Derecho administrativo.

14. *Segunda:* el *arte*, esto es, la dirección reflexiva de las facultades en la aplicación del Derecho administrativo. El arte es aquí una operación personal, que exige, en el sujeto, la habilidad necesaria para hacer efectivas las actividades administrativas, y que, además, reclama de dicho sujeto la preparación práctica en la posesión del *método* y del *mecanismo* jurídico-administrativo.

15. Desde el punto de vista de la obra, o de la acción eficaz, las operaciones de la técnica del Derecho administrativo se resuelven, y concretan, en el hecho positivo de la realización *práctica* o cumplimiento del Derecho administrativo por los representantes específicos del Estado. Esta realización práctica supone grados distintos dependientes: 1.° De condiciones propias de la *técnica*, y 2.° De condiciones relativas al agente (1).

---

(1) El Sr. De Pena (ob. cit., cap. IX, V) habla de una *técnica personal o subjetiva* y de una *técnica objetiva, formal o material.*

16. En atención a las primeras, la práctica del Derecho administrativo es más o menos perfecta y ordenada, en relación con el estado actual respectivo de la técnica y con la intensidad con que el agente puede interpretar las exigencias de la técnica misma. La técnica es el contenido más propio del saber exigible al funcionario público y al jurista en el Derecho administrativo. Pero la *técnica* no puede ser obra individual: ningún jurista ni funcionario alguno serían capaces de crear una técnica jurídica. Es ella obra del tiempo, y en su formación y perfeccionamiento, según ya indicamos, participan los funcionarios y los juristas que laboran en la práctica del Derecho. La técnica no puede concebirse sino como una obra impersonal, tradicional y colectiva (1).

(1) La formación de la técnica jurídica y del arte jurídico no depende sólo de los funcionarios y de los juristas. Dice Ihering, muy bien, que la cuestión de la realización en el Derecho depende de muy diversas causas. Entre éstas, las decisivas son principalmente de dos clases: unas inherentes al Derecho, y otras que le son extrañas. Entre estas últimas es preciso citar el grado de cultura intelectual y moral del pueblo, el desenvolvimiento de la idea del Estado y del Poder político, la división social del pueblo, la relación de poder de las diversas clases y, sobre todo, la fuerza moral que la idea del Derecho tiene en el pueblo mismo, así como el saber si la justicia parece al pueblo cosa elevada y santa, o si es para él un bien como cualquier otro. La imparcialidad, la integridad de los jueces (y añadiré de los funcionarios administrativos) dependen esencialmente de la energía del sentimiento de la justicia en el pueblo. Entre las causas de la primera categoría están, de un lado, la organización judicial, así como la forma del procedimiento, y de otro, el estado de fondo del Derecho. Véase Ihering, obra citada, III, pág. 18.

17. En atención a las condiciones indicadas en segundo lugar, la práctica del Derecho administrativo reviste un grado distinto de intensidad reflexiva, según la habilidad técnica del agente. Como regla general, puede decirse, que la práctica del Derecho administrativo será más o menos adecuada a su objeto, dadas las mismas circunstancias históricas, en razón de la mayor o menor competencia y habilidad *técnicas* del funcionario y del jurista (1). Pero, aparte esta regla general, se puede formular un criterio circunstancial en relación con la naturaleza y exigencias del régimen representativo para señalar el grado respectivo del valor técnico de las manifestaciones de la práctica administrativa. En efecto, en los Estados modernos existen: 1.° Funcionarios de carácter genuinamente representativo, temporal, a menudo electivos, los cuales, aunque sea bajo el influjo de una tradición y de una técnica fuertemente establecida, como ocurre, verbigracia, en los países del *self-government*, obran y proceden en la Administración del Estado, guiados, no tanto por el saber técnico, como por la sana razón natural y el buen sentido; 2.° Funcionarios *profesionales* y *juristas* profesionales también; pero aquí es preciso distinguir, de un lado: *a*) el funcionario o

(1) Lo indudable es que toda función de la Administración tiene su técnica, y que todo funcionario es más o menos técnico. «En la esfera del Estado—dice el Sr. De Pena—, la actividad administrativa más simple, la del ordenanza o portero de oficina, tiene su técnica...» Será ésta tan sencilla y elemental como se quiera; pero existe, aunque no esté siempre al alcance del ordenanza o del portero, como teoría de su empleo o como aplicación de una teoría determinada. (Obra citada, cap. IX, III.)

jurista meramente *rutinario*, que obra bajo el impulso recibido, siguiendo el carril usado de los precedentes, sin iniciativas fecundas, y mero ejecutor del precepto legal, y de otro: *b*) el funcionario hábil y el jurista de iniciativas, impulsores del progreso técnico, capaces de guiar y de acometer empresas nuevas, ó bien con fuerza personal suficiente para imprimir un sello de originalidad al acto repetido. En las filas de éstos es en donde es preciso buscar el verdadero *artista* del Derecho y de la Administración.

Nota. Suprimo los párrafos que en la primera edición se dedicaban a exponer algunas indicaciones sobre la *técnica* en el Derecho administrativo positivo en general y en los principales países. Resultarían ahora inexactas, pues no reflejarían en manera alguna la situación actual de las cosas. Desde los días en que formulaba aquellas indicaciones, la formación de la *técnica* ha realizado serios avances en muchos Estados, entre los cuales habría que citar hoy, en primer término, a Francia. La labor del Consejo de Estado, de una parte, y los trabajos de Hauriou, Jèze, Duguit (véanse las obras citadas de estos autores) tienen, a nuestro juicio, una excepcional importancia. Si hubiéramos tenido ánimos para rehacer el Tratado y reconstruir el sistema, esta parte del párrafo hubiera alcanzado seguramente amplio desarrollo. No siendo posible realizar esta labor de revisión reconstructiva, prefiero abstenerme de hacer consideración alguna. Sólo dedicaré brevísimas indicaciones respecto de España. Refiriéndonos a la técnica del Derecho administrativo, decíamos que el desarrollo de la misma no alcanzará el grado de formación que en otros países. Lo mismo podría afirmarse hoy, no obstante los esfuerzos realizados en estos últimos tiempos.

Nuestra Administración, decíamos, es notorio que se caracteriza: 1.º, como desordenada e insegura; 2.º, como rutinaria y fatigosa, y 3.º, con escasa formación cultural; así

ocurre que las aspiraciones a la realización del Derecho administrativo de una manera *fácil*, *rápida*, *intensiva*, no resultan satisfechas. Las causas de esta situación de la técnica del Derecho administrativo español son de diversa índole; entre las principales se pueden citar: 1.ª, nuestro general atraso; 2.ª, lo adormecido que entre nosotros se revela el sentimiento del Derecho; 3.ª, el imperio de la arbitrariedad y del partidismo político, que impiden el desenvolvimiento de las funciones técnicas del Estado; 4.ª, la condición precaria de los estudios jurídicos en general, y especialmente de los administrativos, y 5.ª, la falta casi absoluta de una preparación técnica, teórico-práctica, de los empleados públicos.

Un análisis imparcial de estas causas impondría hoy algunas explicaciones. Especialmente habrá que detenerse a considerar de un modo especial la señalada con el núm. 4. Desde la publicación de mi TRATADO, los estudios de Derecho administrativo han despertado un especial interés, como lo demuestran los tratados de Gascón y Marín, Royo y Fernández de Velasco.

CAPÍTULO IV

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 1.º *Doctrina acerca de las fuentes del Derecho administrativo.*

1. La realización del Derecho administrativo, como obra del Estado, se produce mediante dos funciones (1): 1.ª, el reconocimiento por el Estado de la regla jurídica aplicable a la actividad administrativa, y 2.ª, el cumplimiento de la regla merced al poder y autoridad del Estado. Los *modos* o *formas* mediante los cuales el Estado realiza la función del reconocimiento de la regla jurídica son las que llamamos *fuentes del Derecho administrativo*, o, mejor, refiriéndonos al Derecho en general, *fuentes del Derecho.*

La denominación es propia: trátase, en efecto, de los *orígenes* de la *regla* o *norma jurídica*, es decir, de aquellos lugares de donde *mana* o por donde se manifiesta concretamente, al calor fecundante de la necesidad (racional) sentida y bajo la condición de las circunstancias de cada momento y caso, el *principio jurídico* a que el *hecho* futuro debe someterse. Y son fuentes, no sólo consideradas como generadoras del Dere-

---

(1) Véase Giner y Calderón, ob. cit., pág. 182. La doctrina general allí expuesta la estimo aplicable al derecho administrativo. (Cons. De Diego, *Fuentes del Der. civil español*, 1922).

cho, sino en cuanto, una vez reconocida y *formulada* la regla jurídica, sirven de indicadoras y reveladoras del ideal vivido del Derecho.

2. La fuente del Derecho, como *generadora* del mismo, debe acomodarse a la ley del hecho jurídico. Esta ley la *da* o reconoce la conciencia del Estado, único llamado, dentro de los límites de su capacidad, a realizar *su derecho*. Con relación al Derecho administrativo, la fuente es la conciencia propia del *Estado político,* en cuyo seno se elabora la ley del hecho y acto administrativo, y no hay más *fuente* primordial del Derecho que la conciencia del agente realizador del Derecho. Las *formas* reveladoras de esta conciencia han cambiado, y cambian principalmente merced al cambio de las condiciones de la vida humana, en su evolución histórica, y a los progresos de la técnica jurídica (1). Summer Maine (2) ha puesto de relieve las formas primitivas de las fuentes jurídicas (3): la regulación de las relaciones sociales no es, según ellas, obra del razonamiento jurídico, sino operación en cierto modo instintiva, que se produce bajo al influjo inmediato de las necesidades sentidas y por acto de conciencia directa, de la conciencia, que es para el

---

(1) Ihering, *Espíritu del Derecho romano*, III, páginas 27 y siguientes.

(2) Dice S. Maine: «En la infancia de la Humanidad no se concibe la idea de una legislación...; no se piensa entonces el Derecho: apenas llegado a los límites de la costumbre, es más bien un hábito que está como en el aire» *(El Derecho antiguo*, trad. esp., pág. 17).

(3) Véase indicaciones bibliográficas acerca de esto en el interesante estudio *La función de la ley y de la autoridad*, del Sr. Dorado.

mismo S. Maine la gran generadora de las costumbres. Débese a la evolución de las sociedades, al avance y creciente complejidad de todos los órdenes, el que la conciencia personal, de intuitiva, se haya vuelto razonadora, sin dejar de ser intuitiva, produciendo modos especiales permanentes, específicos, de exteriorización de la necesidad racional y de reconocimiento de la regla jurídica. Y, sin que la conciencia deje de reaccionar espontáneamente en todos los agentes individuales y colectivos, para aplicar el principio, vislumbrado como justo, al hecho de la vida, el Derecho se ha ido poco a poco manifestando por la conciencia reflexiva en diverso grado.

Las dos formas generales que poco a poco ha llegado a revestir el reconocimiento consciente de la regla jurídica son las siguientes: la una es la que se concreta en el reconocimiento tácito «manifestado únicamente por los hechos de los cuales ha de inducirse la norma inmanente que ha presidido a su realización», y la otra se condensa en el reconocimiento expreso, que ofrece un carácter general y preceptivo y que «tiene en la palabra su forma precisa» (1). Estos dos modos generales de reconocimiento del Derecho y de expresión formal de la regla jurídica *(fuentes* en ambos efectos) son la *costumbre* y la *ley*.

3. No cabe, en los límites de esta indagación, exponer una doctrina de estas fuentes del Derecho: se harán sólo las indicaciones imprescindibles. En primer lugar, ¿cuál es la función propia y respectiva de la *costumbre* y de la *ley* en la elaboración del Derecho? La función de la costumbre es la de *revelar por modo espontáneo*, sin solemnidades y fórmulas precisas, la

(1) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 183.

conciencia jurídica de la persona respecto a la manera de regular las relaciones jurídicas. El Estado, como persona jurídica del pueblo (o de la *nación)*, recoge y resume, con las exigencias que le impulsan, las ideas, más o menos borrosas, de la manera recta de satisfacerlas. La acción efectiva del pueblo, producida o realizada, naturalmente, mediante sus miembros, puede considerarse como la expresión formal del ideal de justicia que acaricia, y tal acción es la base de la costumbre jurídica. Un tratadista de Derecho administrativo ha llamado, con cierta exactitud, a esta forma de la vida del Derecho, una verdadera «legislación instintiva», ya que, de hecho, «el instinto es una especie de regla de los acciones»: natural, espontánea y necesaria.

4. La función de la ley, considerada ésta como declaración expresa de la regla jurídica por el Estado, plantea un problema de gran dificultad, hoy muy discutido, con soluciones muy distintas en las escuelas. Se estima a veces la ley como la única forma eficaz en la realización del Derecho y como el medio adecuado para dirigir la vida social humana y en cuanto ésta puede ser obra de la razón (1). Repútase otras veces la ley como un mal *necesario*, cuya acción es preciso limitar a lo preciso (2). Y, por último, hay quienes niegan a la ley toda eficacia, consecuencia natural, esta negación de eficacia de la ley, de la negación explícita o implícita de la eficacia de la auto-

---

(1) Posición dominante del siglo XVIII, y en la que se inspiran cuantos ponen su fe de reformistas en la eficacia de la ley.

(2) Esencia del individualismo.

ridad y de la acción del Estado—posición del anarquismo (1).

A nuestro juicio, la ley, como expresión reflexiva del sentir y de la voluntad del Estado, formulada por el legislador como *decisión* o *norma* «que ha de servir para los casos futuros pertenecientes a un orden determinado de relaciones» (2), verbigracia, el orden administrativo, tiene, ante todo, una verdadera función *tutelar* que ejerce: 1.°, *orientando* el ideal del Derecho; 2.°, *garantizando*, por la expresión literal, clara, definida, de sus preceptos, determinadas *situaciones* y *relaciones jurídicas;* 3.°, *difundiendo*, por medio de la publicidad de sus disposiciones, las fórmulas del Derecho que contiene; 4.°, *prestando* a los derechos particulares que define, y a las situaciones que crea, la fuerza de la sanción coactiva, en virtud de la cual el Estado, que *a priori* fija la regla de la relación jurídica, se *compromete* a hacerla efectiva (en lo posible); 5.°, *ofreciendo*, como recurso reformador y defensivo contra el desconocimiento del Derecho por ella declarado, la tutela de la *pena*.

5. También se ha discutido mucho acerca del valor y eficacia de la *costumbre* y de la *ley* en la vida del Derecho. No siendo posible tratar aquí el tema con el detenimiento debido, nos limitaremos a breves indicaciones. Comenzaremos por establecer una distinción necesaria: a nuestro juicio, una cosa es el problema del valor y eficacia esenciales de la costumbre y de la ley, y otra el del valor y eficacia de las mismas, según los preceptos del Derecho escrito de un pueblo. El pri-

---

(1) Las ideas que, en resumen, se indican en el texto, pueden verse debatidas en el trabajo citado del Sr. Dorado.

(2) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 187.

mer problema, único que ahora nos importa, entraña quizá la solución siguiente:

1.° La costumbre jurídica (1) tiene un valor de *Derecho positivo* basado en la fuerza de las manifestaciones espontáneas de la conciencia social (espíritu del pueblo) que la producen.

2.° La costumbre es necesariamente eficaz, en cuanto es expresión del Derecho mismo, según el sentir de la conciencia jurídica del pueblo (2). «El sentimiento, la conciencia jurídica del Estado, se manifiestan en su vida, en sus costumbres, en sus actos (3).»

3.° Como el Derecho abarca la vida humana en sus complejas manifestaciones, debiendo plegarse o acomodarse a todos los hechos de personas y del Estado, la costumbre, por su misma falta de precisión, por su carácter tácito y flexible, refleja de mejor manera el Derecho que se vive, que no la ley, *rígida* por necesidad.

4.° La ley tiene valor en la medida en que sea expresión reflexiva de la conciencia jurídica *interpretada* por el legislador (4).

---

(1) Véase Giner y Calderón, ob. cit., páginas 183 186. Costa, *Teoría del hecho jurídico, individual y social* (1880). El valor y fuerza de la costumbre han sido siempre reconocidos. *Consuetudinis autem,* dice Cicerón, *jus esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit* (*De Invent.,* II, 22). Véase muy especialmente J. Costa, *La vida del Derecho* (1876). Comp. Giner, *A propósito de la función de la Ley* (en la *Revue int. de Soc.*, agosto 1908, París).

(2) Puchta, *Gewohnheitsrecht,* II, 8 (1837).

(3) Brunialti, *Il Diritto costituzionale*, I, pág. 183.

(4) Aun cuando es corriente oponer las funciones del legislador y del juez, no es la oposición tan radical como parece. En definitiva, hacen lo mismo; ambos *interpretan* el

5.° La eficacia de la ley no siempre es la que el legislador busca, sino la que permite su adaptabilidad a las exigencias del espíritu del pueblo (1).

6.° Mediante la ley puede aclararse el ideal jurídico.

7.° Por la ley se recogen y acentúan los progresos de la técnica jurídica y se facilita la vida del Derecho; por supuesto, cuando la ley viene a su tiempo y es la consecuencia del progreso orgánico del Derecho

---

Derecho: el uno tiene como fuente la conciencia propia, en donde se reflejan las aspiraciones jurídicas del pueblo; el otro tiene como fuente la expresión formulada, tal cual se ofrece a su conciencia; pero ambos ejercen función de *intérpretes* jurídicos. Más aun: una sentencia, en rigor, es el reconocimiento de la regla jurídica para un caso dado, mientras la ley viene a ser como una sentencia aplicable a un orden de casos posibles. No hay que olvidar la teoría de Sumner Maine según la cual las primeras formas de las leyes quizá fueron resoluciones individuales de los conflictos producidos en la vida—sentencias—, aplicadas luego por tradición (costumbre) a casos análogos. Estas consideraciones deben ser completadas con las que sugiere el problema de la función del juez como legislador. La atribución al juez de funciones legislativas (V. Código civil suizo, art. 1.°) es una demostración de que no hay una oposición tan radical entre el legislador y el juez. Según el Código civil suizo, «a falta de una disposición legal aplicable, el juez resolverá según el derecho consuetudinario, y a falta de éste, según las reglas que él establecería si actuase como legislador». Recuérdese el art. 6.° de nuestro Código civil, según el cual, el juez, sin ley aplicable, debe, en último término, acudir a «los principios generales del derecho». V. De Diego, ob. cit.

(1) «Las leyes que se estrellan contra el espíritu de la época, sean reaccionarias o progresivas, encuentran siempre una resistencia obstinada», Ihering, ob. cit., III, pág. 19.

mismo (1). La ley está llamada a simplificar el Derecho positivo, a reconstruírlo y a ordenarlo.

8.° La ley puede tener una eficacia educativa como medio sugestivo de bien obrar, tanto a causa del ideal jurídico, que aclara o formula (2), cuanto a causa del temor a la pena, que puede ser un freno del egoísmo en el cálculo utilitario de los motivos del obrar (3).

9.° La ley y la costumbre se completan o deben completarse. Aquélla completa a la costumbre mediante la labor reflexiva, de ordenación, de clasificación, de condensación de la *nebulosa* jurídica en que consiste la costumbre y en cuanto la ley puede iniciar la costumbre (4). La costumbre, por su parte, completa la obra de la ley, bien sea prestándole la condición de eficacia de un ambiente de simpatía (5), bien sea

---

(1) Las leyes, por claras, precisas y detalladas que sean, no bastan para la operación técnica de facilitar y asegurar la aplicación de las reglas del Derecho a los casos concretos. Véase Ihering, loc. cit., III, páginas 19 y siguientes.

(2) Como la ley se cree siempre justa y se propone ser justa, influye por sus disposiciones, *enseñando* lo que se estima justo a las gentes. Las gentes, que constituyen el término medio intelectual, suelen dejarse influir o sugerir por lo que la ley manda, sólo porque lo manda.

(3) Ihering ha estudiado este elemento de la pena como motivo de obrar para el egoista en su *Zweck im Recht,* I, capítulo VJII, especialmente en las páginas 413 y siguientes.

(4) La ley puede, a su vez, iniciar costumbres. Un ejemplo es el Derecho constitucional norteamericano, que es consuetudinario alrededor de una primera Constitución escrita.

(5) La ley se dirige inmediatamente a la inteligencia, y por la inteligencia no se domina siempre la conducta de los hombres. Para que la ley sea eficaz es preciso que se convierta en motivo querido del obrar, o, como dice Taine, en prejuicio.

modificándola en su aplicación, bien, por último, *llenando* los grandes y numerosos vacíos que la ley deja necesariamente.

10.° Si la ley y la costumbre marchan de acuerdo, el Derecho positivo de un pueblo se afirmará intensiva y extensivamente, constituyendo aquel organismo jurídico propio de las grandes épocas del Derecho (1). De lo contrario, el Derecho vivirá vida lánguida y desordenada.

6. Otra fuente del Derecho es la *jurisprudencia*. «La palabra *jurisprudencia*, en uno de sus sentidos, denota la interpretación uniforme y constante de una regla de Derecho; en otra acepción más restringida, la que resulta de los actos o decisiones particulares de los Poderes públicos, y en otra, todavía más estricta y rigurosamente técnica, la que diariamente van estableciendo los Tribunales de justicia con respecto a las reglas que están llamados a aplicar en cada caso (2).» La jurisprudencia es función *oficial* del Poder constituído encargado de aplicar el Derecho; su objeto principal, la interpretación de la regla jurídica en su varia adaptación a los casos concretos: la jurisprudencia aclara la ley, armoniza los precedentes, amolda el Derecho escrito a las circunstancias, y puede contribuír poderosamente a sistematizar el Derecho positivo y a modificarlo, mediante una adaptación progresiva del precepto legislativo.

7. Veamos ahora cómo puede aplicarse la doctrina expuesta al Derecho administrativo.

La opinión corriente, ante el problema de las fuen-

---

(1) Véase Savigny, *La vocación de nuestro siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho.*

(2) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 209.

tes del Derecho administrativo, puede resumirse diciendo que: 1.°, el Derecho administrativo es un *jus novum:* tiene, poco más de un siglo de existencia, y, por tanto, es principalmente *jus scriptum,* y 2.°, el Derecho administrativo es un Derecho artificial, obra de los Poderes públicos constituídos: no tiene trabazón orgánica, no tiene verdaderas tradiciones ni continuidad técnica; está formado por disposiciones jurídicas muy variadas: de ahí, por una parte, que no haya, en rigor, verdadero Derecho consuetudinario administrativo, y, por otra, que no pueda ser contenido y organizado en monumentos jurídicos sistemáticos, de arquitectónica compleja, como son los *Códigos.* Frente a esta opinión señálanse tendencias que se inclinan a reconocer la necesidad de considerar el problema de las fuentes del Derecho administrativo en toda su complejidad; pero, esto no obstante, muchos de los más insignes tratadistas, como ahora veremos, no dan la merecida importancia a los varios aspectos del problema.

8. Empezaremos por Stein. El Derecho administrativo, según Stein, tiene como elementos, en donde consta su formación, las tres fuentes siguientes: 1.°, *las leyes administrativas;* 2.°, *las ordenanzas del Poder administrativo,* y 3.°, *las decisiones del Tribunal administrativo* (1).

9. De Gioannis habla de una posible clasificación de las fuentes, en fuentes *racionales* y *positivas* del Derecho público administrativo. Prescindiendo de las racionales, las positivas son *principales* y *secundarias,* siendo aquéllas el *Estatuto* (Constitución), las *Leyes especiales administrativas,* los *Decretos* y *Reglamentos*

(1) *Handbuch,* tomo I, pág. 166.

de la Administración pública, y éstas los diferentes *Códigos legislativos*, las *Convenciones* y los *Tratados internacionales* en determinadas materias (1).

10. En Meucci y en Di Bernardo, en Hauriou y en el Sr. Santamaría, nos encontramos ya con la cita de aquellas fuentes que implican el reconocimiento del carácter consuetudinario del Derecho administrativo, aunque estos autores no se hayan propuesto la cuestión de su *origen* consuetudinario, ni la de la eficacia positiva de la costumbre como fuente. Meucci dice que son fuentes del Derecho administrativo, *como en el Derecho privado*, la costumbre, la doctrina y la ley. «La costumbre, añade, abolida en el Derecho civil (Código civil ital., art. 3.°, disp. prel.), como fuente del Derecho, sólo podrá citarse al tenor del mismo Código. Sin embargo, la costumbre puede servir como medio y autoridad para la interpretación del Derecho dudoso (2).»

Di Bernardo cita la costumbre como «fuente mediata y directa» (3).

Hauriou declara que el Derecho público es *jus scriptum*. «Las reglas, dice, del Derecho público y del Derecho administrativo, están casi todas contenidas en leyes escritas; la parte correspondiente a las costumbres es muy débil» (4).

---

(1) Ob. cit., tomo III, parte 2.ª, pág. 743.

(2) Ob. cit , pág. 18.

(3) Ob. cit., tomo II, págs. 624 y 634.

(4) Ob. cit , págs. 59 y siguientes. Este es el autor que ha formulado con más claridad la doctrina corriente indicada. «Apenas, dice, cabe señalar, en Derecho administrativo, un lugar propio a los usos locales en materias de ríos no navegables ni flotables y en materias de calles: las Asambleas electivas, Consejos municipales, Consejos generales, Cáma-

Por último, el Sr. Santamaría limítase a decir: «La *costumbre*, consagrada a veces expresamente y autorizada otras por consentimiento tácito, es de gran utilidad en el Derecho administrativo para suplirlo, dada la extrema variedad de casos—propia del mismo—, que no es posible prever cuando se formula» (1).

11. Estímase, con cierta generalidad, que el Derecho administrativo *no procede,* como de fuente inmediata, de la costumbre: algunos autores, ni la citan; otros creen que puede servir para aclarar ciertos casos dudosos; otros la conceptúan como de influjo débil, y otros, por fin, ni siquiera la estiman como Derecho administrativo: admiten que, a lo sumo, puede *suplirlo,* llenando los vacíos que quedan necesariamente al *formularlo.* Y es que, según decíamos, se concibe el Derecho administrativo como la obra reflexiva del Poder público — legislativo y ejecutivo —, siendo sus fuentes la *ley* y las *ordenanzas,* con el complemento de la *jurisprudencia.* Frente a las opiniones recogidas, estimamos que el Derecho administrativo no se concreta sólo en leyes y decretos, reglamentos y ordenanzas. El Derecho administrativo, como advierte Roesler, tiene las mismas fuentes que el Derecho en general, esto es, la vida humana en la comunidad del pueblo, y aquí más especialmente en la sociedad (2): el espíritu nacional, que infunde en el

---

ras legislativas, tienen también, desde el punto de vista del procedimiento de las deliberaciones, algunas tradiciones; pero no se puede considerar que tales tradiciones tengan fuerza de ley. *Nos hallamos ante un Derecho que es, sobre todo,* JUS SCRIPTUM», pág. 59. (V. Edic. 1919, pág. 74, nota.)

(1) Ob. cit., pág. 14.

(2) *Lehrbuch der Deutschen Verwaltungslehre,* pág. 15.

Estado la fuerza de un ideal del Derecho—el de su pueblo—, es la base esencial del Derecho administrativo, el cual no puede tener otra fuente primordial que la conciencia personal del Estado, de donde emana todo Derecho y a la que es preciso referir sus más reflexivas formas: como el llamado civil o el político, el administrativo se condensa en la vida en usos, hábitos, costumbres, y, además, se formula en leyes.

12. Las fuentes del Derecho administrativo se indican muy exactamente por Gneist: «Lo que hoy llamamos—dice—Derecho administrativo, abraza *leyes*, *ordenanzas* y *normas del Derecho consuetudinario*...» (1). Que abraza leyes y ordenanzas, cosa es, como hemos visto, que generalmente se admite. La cuestión principal se reduce a determinar si se ha de considerar como fuente la costumbre, esto es, si hay verdaderas costumbres jurídico-administrativas con el carácter de normas aplicables en la vida del Derecho administrativo.

13. Una concepción racional del Derecho rechaza la posibilidad de un Derecho administrativo positivo, obra exclusiva y artificial de la ley, y es contraria a la idea de que la *ley produzca* el Derecho administrativo; todo lo que la ley puede hacer es reconocerlo y *formularlo* merced a una labor de reflexión y con arte. El Derecho administrativo, a nuestro juicio, es *todo* el Derecho que cada Estado reconoce, declara y cumple en y para la ordenación de su actividad administrativa. En su virtud, son fuentes de un Derecho administrativo: 1.°, la conciencia espontánea, el *hacer* general del Estado, que constituye el medio en el cual se genera la *costumbre*, y 2.°, la conciencia reflexiva

(1) *Englische Verwaltungsrecht*, I, pág. 117.

del mismo Estado, organizado ya como Gobierno político. La existencia de estos dos modos de reconocer, declarar y actuar el Derecho administrativo, se demuestra fácilmente. La del modo *legal, escrito*, por el hecho de la existencia de las leyes, cuando éstas son eficaces. La del consuetudinario, en cuanto no hay rama del Derecho, en un Estado que pueda sustraerse al influjo inmediato del espíritu social: las diferencias de carácter entre los Derechos administrativos de los pueblos, ¿no dependen tanto de los distintos criterios legislativos imperantes como de la diversidad del espíritu nacional? Por muy cerrada que la Administración sea, ¿podrá evitar el influjo inmediato del espíritu popular? El funcionario público administrativo más dominado por la acción rutinaria del medio burocrático u oficinesco vive necesariamente, según advierte Luders (1), como ciudadano que es, entre sus conciudadanos, participando del sentimiento general y bajo su influjo.

14. Al considerar el Derecho administrativo de los Estados modernos, suele decirse que mal puede hablarse de costumbres y usos jurídico-administrativos, cuando tal Derecho no tiene en dichos Estados, salvo en Inglaterra, sino muy debilísimas tradiciones. Según advierte Longo (2), de este hecho conocidísimo pueden

---

(1) La cuestión de la costumbre como fuente del Derecho administrativo ha sido tratada especialmente por Luders, *Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung* (Kiel, 1863), y por Longo, *Della consuetudine como fonte del Diritto publico (costituzionale, amministrativo)*, articulos publicados en el *Archivio di Diritto publico*, del profesor Orlando (año de 1894, números 4, 5 y 6).

(2) Ob. cit., pág. 411.

inferirse dos distintos argumentos contra la importancia del Derecho consuetudinario: «El uno es que, faltando las tradiciones, falta el substracto propio en que la costumbre se funda; el otro consiste en que, siendo toda nuestra ordenación administrativa, el efecto de una reconstrucción, obra de las leyes y de los reglamentos, queda muy limitado el campo propio para las costumbres en materia tan regulada por la voluntad expresa de los poderes del Estado.»

15. Los dos argumentos no suponen dificultades insuperables. Los hechos que les sirven de premisas son, sin duda, ciertos. Como dice Longo, «ninguna otra serie de relaciones jurídicas se halla trabajada por una tan gran instabilidad y falta de fijeza como la del Derecho administrativo», manifestándose así clara «la falta de una plena elaboración de la conciencia jurídica, capaz de dar forma definida y precisa a sus convicciones» (1). Pero téngase en cuenta que esta condición de inseguridad, de indefinición técnica, de falta de precisión, filosófica y doctrinal, es la condición propia «de los pueblos primitivos, precisamente cuando la costumbre constituía la fuente principal del Derecho» (2). Cuando un Derecho se encuentra en estado de elaboración, entonces es cuando la costumbre encuentra un campo fecundo donde germinar. En efecto: cuando la conciencia jurídica popular se siente atraída por opuestos elementos, puede darse por seguro que las leyes serán malas e inseguras, porque, o pretenderán reducir a armonía las tendencias más opuestas y extrañas, o responderán a una sola tendencia, provocando las necesarias reac-

(1) Longo, l. c., pág. 412.
(2) Idem id., pág. 413.

ciones... En cambio, el Derecho consuetudinario, precisamente por su mayor amplitud, y por la mayor amplitud con que se produce la evaluación del hecho, con relación al Derecho, puede llegar más fácilmente a lograr aquel término medio que armonice las exigencias opuestas, y con tanta mayor eficacia cuanto que la conciliación se verificara en el terreno de la práctica antes que en el de la teoría (1).

16. Nuestra ordenación o régimen administrativo se ofrece, sin duda, como resultado de una reconstrucción, obra del Derecho escrito; pero no importa. Constantemente se señalan instituciones político-administrativas, mantenidas por las costumbres tradicionales, tenaces, con la tenacidad de las exigencias fundamentales de la vida (2), advirtiéndose también trabajos sordos de modificación del precepto legal bajo el influjo de la acción consuetudinaria. Pero aun hay otro punto de vista para rectificar la idea que el argumento copiado supone: nos lo ofrece la necesidad de atender en el Derecho administrativo a las llamadas *prácticas* administrativas. «Por muy minuciosas que las leyes sean,

---

(1) Longo, l. c., pág. 414.

(2) Por ejemplo: entre nosotros, el *Concejo abierto*, verdadera supervivencia consuetudinaria de la vida municipal. (Véanse los estudios de *Derecho consuetudinario*, publicados en 1885 por los Sres. Pedregal, Costa y González de Linares.) Según advierte D. Eduardo Hinojosa, «a esta revelación se debe quizá que el proyecto de ley municipal de 1891 intentara darle existencia legal en los pueblos de corto vecindario». Véase el trabajo de este señor *El origen del régimen municipal en León y Castilla*, publicado en *La Administración*, tomo, III, pág. 437. Con posterioridad, el Concejo abierto se incorporó a los proyectos de reforma del régimen local de 1907 (Maura) y 1912 (Canalejas).

por detallados que resulten los reglamentos, es sabido que una de las características de la burocracia moderna está en el amplísimo *sprit de suite*, mediante el cual el silencio de la ley y sus deficiencias prácticas se colman por una tradición propia del cuerpo mismo de los empleados, y en virtud de la cual suele ocurrir que una cosa dada se hace de un modo dado, sin más razón que el haberse hecho siempre así. No hay cuerpo alguno ni magistratura tan tenazmente adherida al «precedente» como la moderna burocracia.» Sin duda que no deben confundirse estas *prácticas* con la costumbre jurídico-administrativa. Las *prácticas* suponen *actos* de los funcionarios públicos, «y estos actos, dice Gerber, no deben ser considerados más que como síntomas de una convicción jurídica, y no como momento directamente generador del Derecho (1)»; la labor del funcionario público procura suplir la ley, completarla, adaptarla, y, en esta su tarea, si puede oponer obstáculos con *prácticas rutinarias*, rígidas, al desenvolvimiento del Derecho, también puede dar vida a verdaderas costumbres jurídicas. De todas suertes, es evidente que al lado de la acción reflexiva, obra de la ley, en la ordenación jurídico-administrativa, hay una acción espontánea cuyas formas de condensación son los *usos* y *costumbres* y las *prácticas* administrativas.

17. El Sr. Longo distingue las siguientes formas del influjo positivo del Derecho consuetudinario realizado independientemente de lo que la ley taxativamente disponga: 1.ª, la costumbre *derogatoria*, y 2.ª, la costumbre *introductiva*. La primera señala el influ-

(1) *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, nota 7.ª Véase también Luders, ob. cit., pág. 70; Longo, l. c., pág. 415.

jo de una costumbre en el sentido de impedir que una ley sea eficaz. Tal fenómeno ocurre siempre que la ley no responde a verdaderas necesidades del Estado. En nuestro Derecho administrativo sería fácil señalar leyes y más leyes incumplidas, por ser inadaptables a las necesidades de la vida. Las leyes municipales, por ejemplo, tienen no pocas disposiciones, que no es posible cumplir por los Municipios, sobre todo por los de escasos recursos y poco vecindario; claro es que no debe confundirse este incumplimiento de la ley con la oposición rebelde al Derecho: trátase de incumplimiento de la ley, por oponerse el sentimiento jurídico consuetudinario.

La segunda costumbre es, según Longo, una fuente muy rica del Derecho, y puede revestir varias formas diversas, a saber:

1) Costumbre que fija una norma de Derecho no declarada expresamente por ningún texto, pero conforme con las condiciones efectivas de una relación jurídica dada.

2) Costumbre que, sirviéndose subsidiariamente del Poder reglamentario, transforma, por lenta evolución, el contenido de una institución jurídica.

3) Costumbre que viene limitando la esfera del poder discrecional de la Administración.

4) Instituciones administrativas encaminadas expresamente a la determinación de la conciencia jurídica de relaciones dadas.

5) Costumbres tradicionales de las antiguas formas administrativas, que tienen aún hoy aplicación posible (1).

18. Según lo expuesto, no se descubre en el Dere-

(1) Longo, l. c., págs. 420-436.

cho administrativo condición alguna limitativa frente al problema de las fuentes: emana aquél de la conciencia jurídica del Estado, y se condensa y expresa en las dos formas del *jus non scriptum* y del *jus scriptum;* hay, pues: 1.°, fuentes *no* legislativas: hechos del Derecho administrativo—usos, prácticas, precedentes, costumbres, jurisprudencia administrativa; 2.°, fuentes *legislativas:* la Constitución del Estado, las leyes administrativas, los reglamentos, las disposiciones (generales, particulares y locales) de carácter administrativo.

19. En las indicaciones anteriores se ha procurado esbozar la doctrina general de las *fuentes generadoras* del Derecho administrativo. Pero las fuentes tienen además otro valor y alcance, y pueden ser consideradas como *fuentes del conocimiento* del Derecho administrativo, ya con un fin teórico, ya con un fin práctico de aplicación jurídica. Este conocimiento, sin embargo, se desarrolla en operaciones particulares que, de un lado, *modifican de una manera radical* el carácter de las indicadas fuentes, y de otro exigen y presuponen otras de gran interés. En efecto: las fuentes del Derecho administrativo antes enumeradas, como fuentes de conocimiento, tienen el valor de medios merced a los cuales nos podemos dar cuenta de lo que por Derecho administrativo se ha entendido o se entiende y se practica; y como fuentes *positivas*, tienen un carácter puramente histórico, son fuentes de información, y presuponen una preparación científica general en el estudio de los conceptos capitales del Derecho administrativo, gracias al adecuado empleo de nuestras facultades intelectuales para descubrir y comprender la verdad que constituye el objeto del Derecho administrativo. Resumiendo:

las fuentes del Derecho administrativo, como fuentes de conocimiento, son: 1.°, las fuentes primordiales inmediatas: nuestras facultades intelectuales; 2.°, los hechos del Derecho administrativo: los usos, prácticas, costumbres, jurisprudencia administrativa; 3.°, las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter administrativo; 4.°, las opiniones de los autores, las decisiones de los juristas, etc., etc.

20. La importancia que a veces alcanzan las opiniones de los hombres peritos en el Derecho ha dado margen a que algunos escritores las consideren como fuente del mismo, en el riguroso sentido *técnico* de generadoras del Derecho. El influjo «que sobre el Derecho positivo ejercen las ideas, los principios teóricos y los hombres que los investigan y declaran, es indudable» (1). Pero no debe confundirse «con la autoridad directa e inmediata, con que el pueblo y el legislador establecen la regla jurídica, sea bajo forma de costumbre o de ley» (2). La declaración doctrinal del escritor tiene algo de común con dicha regla jurídica; «pero falta al jurisconsulto la autoridad necesaria para convertir su convicción en precepto y en norma efectiva de las relaciones sociales» (3). No cabe, pues, hablar de un *Derecho científico* como se habla de un *Derecho consuetudinario*, aunque el Derecho científico pueda suscitar y provocar usos, costumbres, en suma, hechos jurídicos: el Derecho científico es historia de la ciencia del Derecho, y, en definitiva, sólo una fuente auxiliar de su conocimiento (4).

---

(1) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 192.
(2) Giner y Calderón, págs. 192 y 183.
(3) Idem, pág. 193.
(4) Véase Meucci, ob. cit., pág. 19.

§ 2. *Las fuentes del Derecho administrativo en el Derecho español.*

1. La doctrina general de las *fuentes del Derecho administrativo* debe ser completada con el examen de la cuestión a la luz del Derecho positivo español.

Supuesto *un* Derecho administrativo positivo, la determinación de sus fuentes exige el estudio de estos tres problemas:

1.° ¿Cuáles son las fuentes *generadoras del Derecho positivo* de que se trata? (Del español, en este caso.)

2.° ¿Cuál es el valor *efectivo* y cuál el *legal* de las diferentes fuentes del Derecho administrativo?

3.° ¿Cuáles son, en definitiva, las fuentes — objetivamente consideradas — mediante las que se puede llegar al conocimiento del mismo, tanto para su apreciación *teórica* cuanto para su aplicación *práctica*?

2. El primer problema es problema estudiado ya, al igual que el último, en sus términos generales, en el párrafo anterior. El Derecho administrativo español es obra del pueblo constituído en Estado. Y se contiene concretamente en los actos administrativos de carácter jurídico, que se verifican: 1.° Por los particulares al formar la opinión pública y elaborar el espíritu dominante en la vida administrativa, así como al intervenir directamente en las funciones administrativas; 2.° Por los funcionarios de la Administración, en concepto de participantes, representantes y agentes del Estado en la vida administrativa; 3.° Por las corporaciones y asambleas, encargadas, bien sea de administrar, de gestionar servicios públicos, bien de declarar

las reglas jurídico administrativas, y 4.º Por los órganos específicos del Estado en la función de aplicar el Derecho administrativo a los casos concretos (jurisprudencia).

3. Según esto, las fuentes del Derecho administrativo español, esto es, los *orígenes* de donde *mana* aquél, son las siguientes:

1.º Los hechos mismos en que se contienen los actos administrativos (1).

2.º Los usos y costumbres locales o generales que, *fuera de la ley, con arreglo a la ley y contra la ley, tengan efectivamente, en virtud de la ley o a pesar de ella*, vigor positivo, siempre y cuando que expresen verdaderas necesidades jurídicas.

3.º Las *prácticas administrativas*, locales y generales, en sí, y las costumbres que engendran, completando la obra de la ley.

4.º La Constitución y las leyes administrativas.

5.º Las disposiciones administrativas, que en España son: *a*) Los Reglamentos y ordenanzas, las circulares e instrucciones, obra del Poder administrativo, y *b*) Las ordenanzas, reglamentos, bandos, circulares y demás formas de obrar de la Administración corporativa y local (2).

6.º La jurisprudencia administrativa de funcionarios, Corporaciones y Tribunales.

---

(1) Por actos administrativos se entiende, en sentido estricto, los de los representantes y funcionarios del Poder administrativo oficial; pero además de este sentido estricto, cabe otro amplio, según el cual serían administrativos los actos realizados por el ciudadano en materia administrativa.

(2) Véase Abella, *Derecho administrativo español* (1886), I, págs. 132-133.

4. El valor *jurídico* de las fuentes del Derecho administrativo positivo español se puede considerar desde dos puntos de vista: según que se trate de saber cuál es el valor *real* y *positivo* que de hecho tienen las fuentes, o, mejor, la regla jurídica por las fuentes generada, o bien cuál es el valor respectivo que *la ley escrita* les atribuye y la fuerza que les conceden los Tribunales.

5. Para medir el valor real, *de hecho*, de las fuentes se pueden aplicar las normas siguientes:

a) El valor de una fuente del Derecho administrativo depende, ante todo, de que contenga, en efecto, una regla capaz de generar situaciones jurídicas, definir derechos en sujetos de relaciones jurídicas y sugerir garantías;

b) La regla jurídica tendrá tanto más valor y eficacia cuanto con más fidelidad refleje el sentir y el querer del Estado, y cuanto más efectivamente se haya incorporado a la vida real de éste, convirtiéndose en verdadero derecho *positivo;*

c) Todas las formas particulares de las fuentes del Derecho administrativo tienen en sí igual valor, siempre y cuando que sean aplicables y, en efecto, se apliquen las reglas jurídicas en ellas formuladas;

d) El hecho de que el Poder constituído declare una norma determinada mediante ley, reglamento, ordenanza, etc., no implica que tenga ya un valor efectivo como fuente, pues es necesario la condición de su posible adaptabilidad a la vida, para que sea, en efecto, Derecho positivo;

e) En cambio, el hecho de que una costumbre, aunque no esté sancionada por el Poder *oficial* constituído, se aplique en la vida y en el funcionamiento del Estado, da a la misma el valor de tal fuente del De-

recho positivo; si realmente es una costumbre *jurídica*.

6. Veamos ahora cómo, en nuestro concepto, debe ordenarse la respectiva eficacia de las fuentes. El Derecho administrativo español tiene su base amplia en la opinión pública, y se concreta, ante todo, en usos, prácticas y costumbres. Como todas las ramas del Derecho, *se condensa* el administrativo por los Poderes del Estado: 1.°, en actos administrativos que generan las prácticas y las costumbres administrativas; 2.°, en leyes que definen las tendencias jurídicas generales en relación con las exigencias de la Administración, el establecimiento y desarrollo de los servicios públicos y con el régimen de relaciones administrativas, y 3.°, en reglamentos, ordenanzas y demás disposiciones que, con la jurisprudencia, completan la obra de las leyes. En su virtud, toda regla del Derecho administrativo deberá responder a las exigende la función de la Administración, en armonía con la Constitución política y conforme al espíritu dominante en las costumbres y al sistema jurídico del Estado. Puestas en orden, la primera, en la escala ideal del valor jurídico, es la *costumbre*; la segunda, la *Constitución*, como ley total de la vida del Estado; la tercera, la *ley*, que ha de ser según la Constitución; la cuarta, los *reglamentos* y demás *disposiciones administrativas*, que han de ser siempre según las leyes, cuyos principios desenvuelven, aplican o interpretan, colmando sus vacíos y acercando el derecho escrito a la vida real, y la quinta, la *jurisprudencia*.

7. Con arreglo a las disposiciones legales vigentes del Derecho positivo español, el valor y eficacia *atribuídos* a las reglas emanadas de las diversas fuentes jurídicas no se determina del modo que hemos indicado. Y no hay, sin embargo, contradicción entre la

solución defendida y la solución legal. Es preciso tener en cuenta que la solución defendida es la que impone la contemplación histórica de las fuentes *generadoras* del Derecho. En cambio, el legislador, al resolver sobre la *aplicación expresa oficial* de las normas del Derecho positivo, no resuelve un problema histórico, sino que fija un criterio práctico de una lógica especial, al cual se ha de someter el funcionario público y el magistrado judicial (1). El legislador, cuando legisla, pone su ley sobre todo. Pero el legislador no siempre acierta, y así la vida del Derecho a veces sigue su camino aplicando las reglas jurídicas a que mejor y más espontáneamente se conforman las necesidades reales, aunque otra cosa disponga la ley.

8. El valor propio legal, atribuído a las diferentes fuentes del Derecho administrativo, según lo legislado entre nosotros, es el siguiente: domina en nuestro Derecho escrito la tendencia indudable a excluír el Derecho consuetudinario (2). La idea capital es que la fuente *primordial suprema* es la *ley*, esto es, la disposición solemne emanada del Poder legislativo (3) mediante la iniciativa del Rey o de las Cámaras (4), previa la discusión y votación de éstas (5) y la sanción y promulgación (6) del Monarca (7).

---

(1) Véase Longo, l. c.

(2) Un mejor estudio acaso nos obligaría hoy a hacer algunas reservas en esta interpretación.

(3) Const. de 1876, art. 18.

(4) Idem, art. 41.

(5) Idem, art. 43.

(6) La promulgación se hace publicando la ley en la *Gaceta*, y obliga la ley, veinte días después de su promulgación, a no disponer la ley mismá otra cosa.

(7) Const., artículos 44 y 51. Cons. De Diego, ob. cit.

9. Las disposiciones legales relativas a las leyes, a sus efectos, valor como fuentes y aplicación, están en el título preliminar del Código civil. Conviene, ante todo, citar el art. 8.°, que señala la esfera de aplicación de las leyes administrativas (de policía y de seguridad pública), en cuanto declara que obligan a todos los que habitan en territorio español; y los artículos 1.°, 2.° y 3.°, que contienen principios aclaratorios en cuanto a la promulgación de las leyes, a la ignorancia de las mismas (1) y a su retroactividad (2).

No son estas, sin embargo, las disposiciones que ahora nos interesan, sino los artículos 5.° y 6.° Según el art. 5.°, «las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre, o la práctica en contrario», con lo cual resulta que el legislador rechaza la *aplicabilidad* de la costumbre o práctica *contra ley*, esto es, de la que hemos llamado antes derogatoria (§ 1.°, número 17). En cambio, el legislador no rechaza expresamente la costumbre *según ley*, y admite en cierto modo, por el art. 6.°, la costumbre *fuera de la ley* y la posibilidad de completar, por la obra reflexiva de la investigación científica, el Derecho positivo. En efecto, dicho artículo dispone que «el Tribunal que rehuse faltar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y,

---

(1) Dice el Código civil: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.»

(2) Dice el Código civil: «Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.»

en su defecto, los principios generales del Derecho» (1).

10. Mas ¿debe interpretarse la función de la costumbre derogatoria y de las introductivas y el influjo complementario del Derecho científico, en el sentido de que se han de contraer necesariamente a los límites estrictos a que el art. 6.° los refiere? A nuestro juicio, los artículos 5.° y 6.° del Código civil hablan sólo de la *aplicación oficial del Derecho*. El 6.° está terminante: se refiere a los Tribunales, y por otro lado expresan ambos el ideal del legislador en cuanto al valor positivo de las fuentes del Derecho, no tanto como *generadoras* cuanto como *reveladoras* del Derecho producido. Lo indudable es que el criterio legal antepone el Derecho *escrito* al *no escrito*.

11. Pero, como Derecho escrito, no sólo hay las leyes. Al lado de las leyes propiamente dichas, y con el caracter de *disposiciones legales*, están «los decretos, Reglamentos e instrucciones» que, según el núm. 1.° del art. 54 de la Constitución de 1876, corresponde expedir al Rey, y las disposiciones que, en virtud del art. 84, competen a las corporaciones de las provincias y de los pueblos, al tenor de sus leyes orgánicas respectivas.

12. Estas formas del Derecho escrito, lo mismo las emanadas del Poder ejecutivo-administrativo que las emanadas de las corporaciones más o menos autónomas, tienen gran importancia en el Derecho adminis-

---

(1) Con lo que se tiende a completar la obra del legislador específico con la del juez, no sólo intérprete, sino legislador también, principio claramente consagrado, según ya recordamos, en el Código civil suizo. V. Clemente de Diego, *Fuentes del Derecho civil español* (1922).

trativo. Para Stein constituyen su fuente característica, en cuanto las considera como manifestación de la soberanía propia del Poder ejecutivo, no inferiores ni subordinadas a la ley, sino de igual autoridad que ésta. Lo cierto es que estas disposiciones vienen a completar la obra de la ley, y constituyen la labor propia de la función legislativa *privativa* de la Administración.

13. Procuremos definirlas. En la Constitución (artículo 54, núm. 1.º) se habla de decretos, Reglamentos e instrucciones; en la tecnología aceptada se denominan Reglamentos, decretos, órdenes (1), y tales son los nombres genéricos aplicables a las disposiciones de la Administración central o nacional, si bien revisten luego la forma burocrática de *Reales decretos*, *Reales órdenes*, *Reglamentos* o simples *circulares* e *instrucciones* (2).

14. *Reales decretos* y *Reales órdenes* son las formas documentales bajo que se exteriorizan las resoluciones tomadas por el Rey o a nombre del Rey: no son características del Poder administrativo, sino del Poder Real y del Poder ejecutivo. El *Real decreto* es la forma más solemne: se redacta como dictado directamente por el Rey, que lo firma, y lo refrenda el Ministro del ramo, sin cuyo requisito no tiene fuerza obligatoria (3). La *Real orden* es la forma menos so-

---

(1) Véase Santamaría, *Derecho administrativo*, pág. 33.

(2) Abella, *Derecho administrativo español*, I, pág. 132. Véase luego los estudios dedicados al Real decreto y a la Real orden en los *Capítulos especiales de Derecho administrativo*.

(3) Const., art. 49.

lemne: aparece dictada por el Ministro que la firma, expresando que se da a nombre del Rey (1).

15. Los *Reglamentos* generales no son, en cuanto a su forma de presentación, cosa distinta de las anteriores. Los Reglamentos vienen de la misma potestad que los *Reales decretos*. El Reglamento se propone desarrollar, para el cumplimiento de las leyes, los principios contenidos en éstas. Muchas veces aparecen como consecuencia de un mandato imperativo de la ley misma; otras son obra espontánea de la misma autoridad ejecutivo-administrativa en el desempeño de sus funciones propias, y en virtud de las facultades constitucionales otorgadas al Rey (2).

16. Las *circulares* e *instrucciones* son órdenes emanadas de los Ministros u otros Jefes de Administración general, en que se dispone, explica o encarga a las autoridades inferiores alguna particularidad respecto del ramo que las estuviere confiado (3).

17. Las fuentes del Derecho administrativo escrito complétanse con las disposiciones que emanan de las autoridades y corporaciones *locales*. Las formas bajo que obran dichas autoridades y corporaciones son los *bandos, ordenanzas, circulares, acuerdos*, etc., etc.

18. Se ha debatido muchísimo acerca del dominio respectivo de las diferentes fuentes del Derecho administrativo, especialmente oponiendo las leyes a los Reglamentos, ya que, en rigor, son éstas las dos for-

---

(1) Santamaría, ob. cit., pág. 33. Abella, idem, I, página 132. Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*, tomo II, página 27.

(2) Const. de 1876, art. 54. Véase luego el estudio especialmente dedicado a *los Reglamentos*.

(3) Abella, ob. cit., I, pág. 135.

mas más importantes del Derecho administrativo escrito, y toda vez que el Reglamento suele ser la más genuina manera de manifestarse la actividad de la Administración (1). Aun cuando la dificultad práctica quede siempre en pie, el principio general que determina el dominio propio del Reglamento está en la Constitución. Según el núm. 1.º del art. 54, la legitimidad del Reglamento estriba en que *sea conducente a la ejecución de las leyes.* Conforme a este principio y de acuerdo: 1.º, con el espíritu del régimen constitucional, y 2.º, con la repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo, se pueden formular las siguientes reglas:

Primera. Un Reglamento no puede modificar las disposiciones de la ley; o, de modo más general, los Reales decretos y órdenes emanadas del Poder ejecutivo no pueden derogar ni modificar los preceptos consignados en las leyes (2).

Segunda. Un Reglamento no puede violar los derechos fundamentales reconocidos por el conjunto de la legislación, imponiendo obligaciones precisas; especialmente no puede gravar la propiedad ni la persona con cargas que no tengan su fundamento en la ley (3).

---

(1) Véase Hauriou, ob. cit., páginas 62 y siguientes. De Gioannis, ob. cit., III, pág. 745. Persico, ob. cit., I, pág. 46. Di Bernardo, ob. cit., II, pág. 628. Ducrocq, ob. cit., I, página 57. Santamaría, ob. cit., pág. 28. Gascón y Marín, obra citada.

(2) SS. del T. S. de 24 de octubre y 3 de noviembre de 1853, 18 de septiembre de 1860, 28 de noviembre de 1861, 5 y 7 de octubre de 1866, 5 de octubre de 1868 y otras. Véase Hauriou, ob. cit., pág. 64.

(3) Véase Hauriou, l. c.

Tercera. Los Reglamentos expedidos según la Constitución, y dictados con arreglo a las leyes, tienen fuerza de leyes y obligan como tales (1).

19. Aun cuando en el Código civil (art. 6.°) se prescinde de la *jurisprudencia* (V. Cod. civ., Disp. adic.) como fuente obligatoria del Derecho, la jurisprudencia influye tanto en la amplia esfera de las decisiones del Poder ejecutivo como en la más estricta de las decisiones del judicial.

La constituyen las Reales órdenes, que resuelven expedientes de alzada contra acuerdos de las autoridades provinciales o que deciden expedientes administrativos; los Reales decretos decidiendo las competencias entre los Tribunales y la Administración, y las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

20. Al igual que las leyes, los Reglamentos, Reales decretos y demás disposiciones generales que, por su índole, no sean reservadas, deben publicarse en la *Gaceta*. Las disposiciones así publicadas se entienden notificadas; por lo que, una vez insertas, tienen carácter obligatorio.

21. El orden de prelación que de lo dicho se infiere, en cuanto al valor atribuído a las fuentes del Derecho administrativo, es el siguiente:

Primero. La Constitución del Estado, que contiene los preceptos fundamentales.

Segundo. Las leyes administrativas y las de otro orden que contengan disposiciones administrativas, todas las cuales deben desenvolver la Constitución.

Tercero. Los Reglamentos expedidos por la autori-

---

(1) Const., artículos 50 y 54.

dad competente y dictados con arreglo a las leyes y según ellas, así como los Reales decretos de carácter general.

Cuarto. Las demás disposiciones administrativas.

Quinto. Con el carácter de Derecho supletorio, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Sexto. Con el carácter de precedente y con función interpretativa, la jurisprudencia administrativa.

22. Para mantener la armonía interna de los principios del Derecho administrativo, se formulan diversas reglas que encuentran en el Derecho positivo una consagración más o menos expresa. Dado el carácter constitucional del Estado español, el documento que contiene los principios capitales del Derecho es la Constitución; en su virtud, la primera regla es la siguiente: *Toda ley debe ser constitucional* en dos respectos: 1.°, *en cuanto ha de ser obra del Poder legislativo y según lo establecido para el funcionamiento de este Poder*, y 2.°, *en cuanto no ha de contrariar los principios constitucionales.* La *constitucionalidad* de la ley, en el primer respecto formal, hállase en nuestro Derecho garantida por el Código penal (1); no así en el segundo, pues entre nosotros, los Tribunales no pueden dejar sin aplicar las leyes no constitucionales por razón de la materia. De todas suertes, es esencial, en el *régimen* de *garantías*, en que el *constitucional* consiste, el principio de que una ley no debe infringir la Constitución: principio que debe interpretarse en el sentido de que un *derecho* afirmado en la Constitución, sólo reformando ésta puede ser modificado.

23. La segunda regla a que nos referimos pudiera formularse afirmando que todas las *disposiciones ad-*

(1) Art. 388.

ministrativas deben ser dictadas dentro de los límites legales, lo cual quiere decir que han de emanar de autoridad competente en el ejercicio de sus funciones, y que dicha autoridad no ha de extralimitarse en cuanto al contenido de sus disposiciones. La regla tiene su sanción en el Código penal (art. 388), existiendo además los *recursos* adecuados, y que son los siguientes: 1.° Si se trata de disposiciones de carácter general, puede recurrirse: *a*) al Poder legislativo, con arreglo al art. 13 (derecho de petición) de la Constitución para que declare ilegal la disposición que tal se estime, o al Monarca para obtener su modificación; *b*) a las Cortes, a fin de exigir la responsabilidad ministerial, y *c*) a los Tribunales, al efecto de obtener la absolución por su incumplimiento (1); 2.° Si se trata de disposiciones o resoluciones que lesionen derechos particulares o de la Administración, dictadas aquéllas por autoridad inapelable, entonces puede proceder, ya el recurso contencioso-administrativo, ya el estrictamente judicial ante Tribunales ordinarios de justicia; 3.° Si se tratase de decisiones emanadas de autoridades inferiores, se podrá recurrir, en vía gubernativa, ante el superior jerárquico, o llevar el asunto ante los Tribunales de justicia (2), según los casos.

---

(1) Véase Santamaría, ob. cit., pág. 32.

(2) Véase Abella, ob. cit., I, pág. 135.

§ 3.° *Bosquejo de las fuentes del Derecho administrativo español.*

1. Las fuentes para el conocimiento del Derecho administrativo español actual cambian en cuanto a su valor relativo, según que se trate de una apreciación *teórico-doctrinal*, o de la aplicación *práctica* de las normas jurídicas.

2. Cuando en el conocimiento del Derecho administrativo español se persigue un propósito teórico-doctrinal, sistemático, las fuentes son las que hemos indicado en el § 1.° Toda sistematización científica del Derecho administrativo español exige la aplicación de nuestras facultades al conocimiento de las fuentes objetivas, en las que se contiene, ya sea el Derecho mismo, ya su expresión condensada, ya, en fin, las ideas y opiniones acerca de lo que el Derecho administrativo español es o debe ser.

3. La fuente a que, en primer término, se debe acudir para poder llegar a conocer el Derecho administrativo español, es la que ofrece la Administración misma como función del Estado, que vive y se desarrolla según el Derecho. El conocimiento de los hechos, usos, prácticas y costumbres constituye la labor previa necesaria de la tarea a que nos referimos. En seguida vienen la Constitución, las leyes y disposiciones administrativas vigentes, con la jurisprudencia sentada por las autoridades y Tribunales.

4. Pero esto no basta. La sistematización del Derecho administrativo exige además, como condición indispensable, el conocimiento de los principios doctri-

nales del mismo; y así, la ciencia del Derecho administrativo general es, sin duda, una fuente para el conocimiento del español.

5. Muy otro es el sentido y valor de las fuentes del Derecho administrativo español cuando se trata de su aplicación práctica. La aplicación práctica, labor del jurista y del funcionario, no se reduce a la tarea mecánica de buscar el precepto e interpretarlo: el jurista y el funcionario administrativo se han de formar mediante una preparación teórica adecuada; pero dando ésta por supuesta, las fuentes del Derecho administrativo, con el propósito práctico indicado, plantean un problema de técnica jurídica que se resuelve en el arte de investigar la regla del *hecho* y la razón del *acto*, lo que exige la indagación, en el Derecho positivo, de la norma aplicable. Para el jurista y el funcionario público, en el Derecho administrativo español, las fuentes son las leyes, disposiciones administrativas, principios generales del Derecho que han de aplicar según las normas indicadas en los números 22 y 23 del parrafo anterior, y teniendo en cuenta el orden señalado en el núm. 21 del mismo párrafo.

6. En un bosquejo de las fuentes positivas del Derecho administrativo español vigente deben figurar, en primer término, con el carácter de monumentos legales, las siguientes:

1.° *La Constitución de 30 de junio de 1876.*—La Constitución tiene valor en un doble concepto: como documento en el cual se concreta el ideal legislativo del Gobierno del Estado, y como Ley que contiene preceptos capitales de donde arranca la organización administrativa. La Administración de un Estado es siempre según su Constitución, y por ello es su base política, y además, como vamos a ver, formula preceptos

que contienen las bases generales del régimen administrativo.

He aquí cuáles son estos preceptos en la Constitución vigente:

a) Los artículos 2.°, § 2.°, 15, § 3.° del 45, artículos 48, 49 y 50, números 1, 4, 5, 7, 8 y 9 del 54 y el art. 55, contienen las bases de la *organización del Poder político-administrativo;*

b) En el tít. X se formulan los principios capitales del régimen de la *Administración local;*

c) El art. 1.° fija el principio *de la población del Estado;*

d) Los artículos 2.°, § 1.°, 4.°, 5.° al 9.°, 11 al 14, 16 y 17, comprenden las bases sobre que tienen que fundarse la *policía de seguridad* y la de las *libertades (garantías) personales;*

e) Los artículos 3.°, § 1.°, 52, 53 y 88, sientan las bases de la *fuerza armada;*

f) Los artículos 3.°, 42, números 6 y 7 del 54, 57 y tít. XI, sientan las bases del *régimen económico;*

g) El art. 12 contiene la base del régimen de la *instrucción pública.*

7. 2.° *Las leyes y disposiciones administrativas.*—El Derecho administrativo no ha sido objeto de un trabajo legislativo sistemático; no hay, pues, un Código administrativo (véase el capítulo siguiente). El Derecho administrativo hállase disperso en leyes y disposiciones administrativas, usos y costumbres, tan numerosos, que sería punto menos que imposible determinarlos aquí. Nos limitaremos, pues, a hacer una brevísima indicación. Conviene, ante todo, advertir que muchas de las leyes que regulan la vida de la Administración no tienen carácter exclusivamente administrativo: son casi siempre político-administra-

tivas. Además, importantes preceptos capitales algunas para el Derecho administrativo, se han de buscar en el Código civil y en el penal. En el Código civil, además de los artículos 1.° al 8.°, antes citados, interesan en la aplicación del Derecho administrativo los artículos en que se define el *dominio* de los bienes (artículos 338 a 344), y el referente a la expropiación forzosa (art. 349); las diferentes disposiciones sobre aguas, minas y propiedad intelectual (tít. IV del libro II); algunas sobre servidumbres (cap. II, tít. VII; lib. II), etc., etc. En el Código penal importan muchísimo el sistema de las penas como base del régimen penitenciario (lib. I del Código); las disposiciones relativas a los delitos contra la Constitución, contra el orden público (títulos II y III del lib. II); las referentes a la salubridad pública (tít. V. del lib. II), a los juegos y rifas (tít. VI); las referentes a los delitos contra la libertad y seguridad (tít. VII de dicho libro), y, sobre todo, importan especialísimamente las disposiciones contenidas en el tít. VII del lib. II referentes a los delitos de los empleados públicos.

Las leyes y disposiciones especiales, de carácter administrativo, deberán registrarse al considerar las diversas manifestaciones de la actividad administrativa—los *servicios*—y al estudiar los problemas que su funcionamiento suscite.

8. Veamos ahora las fuentes, desde el punto de vista que pudiéramos llamar *informativo;* pueden clasificarse en *dos* grandes grupos, a saber:

Primero: *Fuentes generales científicas.*

Segundo: *Fuentes oficiales legislativas.*

En el grupo primero deben comprenderse los *Tratados* sistemáticos y las *monografías* relativas al Derecho administrativo, y en el segundo, las *publicaciones*

autorizadas, verdaderos *monumentos* del Derecho administrativo positivo, que contienen, de un modo normal, las *leyes* y *demás disposiciones administrativas*, así como la *jurisprudencia*.

Las *fuentes generales científicas* pueden, a su vez, clasificarse en *dos grupos:* en el primero se comprenden los Tratados y monografías del Derecho administrativo, bien sea de puro carácter filosófico, bien de carácter positivo, pero que contienen doctrinas de aplicación general, y en el segundo, los Tratados, monografías y colecciones del Derecho administrativo español.

Para completar esta exposición o bosquejo de las fuentes, citaremos a continuación aquellos libros y colecciones y publicaciones autorizadas cuya consulta es indispensable o conveniente, para utilizar provechosamente los materiales adecuados a los efectos que se persiguen en los trabajos de la índole del presente. Para esta cita seguiremos el criterio de señalar, en las fuentes científicas, tan sólo *Tratados* completos y estudios sistemáticos que abarquen el Derecho administrativo, desde puntos de vista generales, y las colecciones, también generales. La cita de monografías y de leyes o disposiciones particulares tendrá su lugar propio en el respectivo capítulo especial del Tratado.

9. *Fuentes generales científicas.*—Indicación de las mismas, por orden alfabético de autores:

TRATADOS GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Amunátegui Rivera. Administración política y Derecho administrativo. — Santiago de Chile, 1894.

Aucoc. Conférences sur l'Administration et le Droit administratif. — Paris, 1869.

Batbie (A.). Traité théorique et pratique de Droit public et administratif. — Paris, 1862.

Berthélemy. Traité élementaire de Droit administratif. 8.ª edic. — Paris, 1916.

Bonasi. Della necessità di coordinare le istituzioni amministrative alle politiche. 1886.

Brunialti. Il Diritto amministrativo italiano e comparatto nella scienze e nelle istituzioni. 2 vol. 1912-1914.

De Gerando. Institutes de Droit administratif. — Paris.

De Gioannis Gianquinto. Corso di Diritto pubblico amministrativo. 1877.

Di Bernardo. La pubblica amministrazione e la sociologia. 1893.

Ducrocq. Cours de Droit administratif. — Paris, 1881.

Dufour. Traité de Droit administratif appliquée. — Paris, 1854.

Duguit. Las transformaciones del Derecho público, traducción española. 1913.

Fleiner. Inst. des Deutschen Verwaltungsrecht. 5.ª ed. 1913.

Foucart. Elements de Droit public et administratif.—Paris.

Francone. Introduzione al Diritto pubblico amministrativo. 1889.

Gerstner. Grundlehren der Staatsverwaltung. 1862.

Gneist. Englische Verwaltungsrecht. 1883-84.

Goodnow. Comparative Administrative Law. 1893 (edic. española *Derecho administrativo comparado*, 2 vol.).

— Les Principes de Droit administratif aux Etats-Unis. 1907.

Hauriou. Précis de Droit administratif (9.ª edición). — Paris, 1919.

Jèze. Principes généraux du Droit public. — Paris, 1914.

Kirchenhein. Einführung in das Verwaltungsrecht.

Laferrière. Cours de Droit public et administratif. 1860.

Letelier. La ciencia del Derecho administrativo. — Santiatiago de Chile, 1892.

Le Bœuf. Droit administratif. 1882.
Lœning. Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrecht. 1884.
Loris. Diritto amministrativo. 1891.
Macarel. Cours d'Administration et Droit administratif. 1844.
Malarino. Tratado de Derecho administrativo. — Buenos Aires, 1916.
Manna. Principii di Diritto amministrativo, con apéndices de G. Telesio. 1876.
Meucci. Istituzioni di Diritto amministrativo. 1892.
Mayer (O.). Le Droit administratif allemand. 1903-1906.
Meyer (J.). La Administración y el Derecho administrativo. 1892.
Meyer (E.). Das Verwaltungsrecht. 1904.
Orlando. Principii di Diritto amministrativo. 1891.
Orlando y otros. Primo Trattato completo di Diritto amministrativo. 8 vol. 1912.
Pena. Apuntes de Derecho administrativo. 1895.
Persico. Principii di Diritto amministrativo. 1882.
Pözl. Lerhbuch des Verwaltungsrecht. 1871.
Presutti. Scienze dell'Amministrazione. 1910.
Quirós y Emiliani. Derecho administrativo. — Buenos Aires, 1902.
Radbruch. Verwaltungsrecht. 1913.
Ranelletti. Principii di Diritto amministrativo. 1912.
Rœsler. Lerhbuch des Deutschen Verwaltungslehre. 1872.
Romagnosi. Principii fondamentali di Diritto amministrativo. 1814.
Santi Romano. Principii di Diritto amministrativo italiano. 1910.
Sarwey. Allgemeines Verwaltungsrecht. 1884.
Schomberg. Manuale d'Economia politica. 1890 (traducción italiana: importantísimas varias monografías sobre materias administrativas).
Scolari. Diritto amministrativo. 1866.
Stein. Die Verwaltungslehre. 1869.—Handbuch der Verwaltungslehre. 1888. (En la Biblioteca italiana de Ciencias

políticas de Brunialti se ha publicado un buen resumen de estos dos libros de Stein.)

Trolley. Cours de Droit administratif. 1844.

Ulbrich. Lehrbuch des Österreichischen Verwaltungsrecht. 1903-1904.

Viveiros de Castro. Tratado da Sciencia do Administração e Direito administrativo. — Río Janeiro. 1906.

Vivien. Études administratives. 1879.

Wautrain-Cavagnary. Elementi di scienza dell'Admministrazione. 1894.

10. — Tratados generales de derecho administrativo español

Abella. Tratado de Derecho administrativo español. 1886.

Colmeiro. Derecho administrativo español. 1876.

Cuesta. Principios de Derecho administrativo. 1894.

Fernández de Velasco. Resumen de Derecho administrativo y de Ciencia de la Administración. 1921.

Gascón y Marín. Tratado elemental de Derecho administrativo. 1922, y Programa y guía para el estudio del Derecho administrativo. 2.ª edic. 1922.

Gil Robles. Guía para el estudio del Derecho administrativo. 1899.

Güenechea. Ensayo de Derecho administrativo. 2 vol.

Ortiz de Zúñiga. Elementos de Derecho administrativo. 1842.

Mellado. Resumen del Derecho administrativo. 1890.

Posada Herrera. Lecciones de Administración. 1843.

Royo Villanova. Elementos de Derecho administrativo. Varias ediciones.

Santamaría. Curso de Derecho administrativo. 1894.

Silvela. Estudios prácticos de Administración. 1845.

11.—Colecciones legislativas de carácter privado

Son varias las que se publican en España. Figuran en primer término, por su importancia y utilidad:

Alcubilla. Diccionario de la Administración española, con sus *Anuarios*, que contienen las leyes y disposiciones administrativas corrientes, así como el extracto de la jurisprudencia.—Madrid.

Seix (Editor). Enciclopedia jurídica española, con artículos doctrinales, legislación y jurisprudencia. — Barcelona.

12. *Fuentes oficiales legislativas.*—Ya se dijo antes que son éstas ciertas publicaciones autorizadas, en que se insertan, para su debida *promulgación* o para dar a los textos la *competente autenticidad*, las leyes y disposiciones administrativas, así como donde se colecciona, con el carácter de auténtica, la jurisprudencia administrativa.

Dichas publicaciones son las siguientes: la *Gaceta de Madrid*, la *Colección Legislativa*, los *Boletines de los Ministerios de la Guerra, de Hacienda, de Instrucción pública*, etc. y los *Boletines oficiales* de provincias.

La *Gaceta de Madrid.*—Es, de todas las publicaciones oficiales, la más importante. En ella, según el artículo 1.º del Código civil, se promulgan las leyes, y en ella se insertan éstas, los Reales decretos, las Reales órdenes, Reglamentos y demás disposiciones de carácter general emanadas del Gobierno, como Poder ejecutivo. El texto publicado en la *Gaceta* es, a la letra, el *auténtico*. La *Gaceta* data del siglo XVII. Los documentos que se publican en la *Gaceta* se insertan por este orden: 1.º Leyes y proyectos de ley; 2.º Reales decretos y Reglamentos; 3.º Reales órdenes y circulares, y 4.º Las disposiciones de la Administración central, provincial y municipal (1). Forman parte de la *Gaceta* la colección de sentencias de las diversas

(1) Art. 5.º de la Inst. de 11 de agosto de 1886.

Salas del Tribunal Supremo, así como los extractos de las sesiones de los Cuerpos Colegisladores.

13. La *Colección legislativa.* — Con este nombre se mandó formar, por Real orden de 6 de marzo de 1846, la colección de leyes, Reales decretos, Reales órdenes, Reglamentos, instrucciones y circulares del Gobierno y de las Direcciones generales, de los fallos del Consejo de Estado, hoy de las Salas de lo Contencioso del Tribunal Supremo. Es continuación de la *Colección de decretos* que se venía publicando desde 1814. Su organización está reglamentada por el Real decreto de 6 de junio de 1856. La *Colección legislativa* es propiedad del Estado; es *oficial* y *única auténtica* (art. 14 del citado Real decreto). La autenticidad, sin embargo, la da la *Gaceta*, como hemos dicho antes.

14. Completan el sistema de las fuentes o publicaciones legislativas oficiales los *Boletines oficiales* de provincias, periódicos que se publican en éstas bajo la autoridad del Gobernador respectivo. Estableciéronse por Real orden de 20 de abril de 1833.

15. Por último, deben estimarse como fuentes de cierto interés, al efecto de comprender el espíritu de las leyes, las discusiones parlamentarias contenidas, con carácter de auténticas, en los *Diarios de Sesiones de Cortes;* y para interpretar las leyes y ciertas disposiciones administrativas de importancia, las *exposiciones de motivos* que suelen precederlas.

CAPÍTULO V

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (1)

1. El Derecho administrativo español no se halla ordenado o sistematizado en un *Código*. ¿Está esto bien? Veamos, ante todo, lo que es un *Código* (2). Savigny estima el Código como «el conjunto del Derecho existente, con la sanción exclusiva del Gobierno» (3); conviene advertir que, no obstante esta indicación tan general, Savigny y su escuela se refieren, principalmente, al llamado Derecho *civil*. El concepto del Código plantea dos problemas: 1.º, el relativo a su valor intrínseco como obra reflexiva del legislador, y 2.º, el relativo a la extensión cuantitativa y cualitativa del Código.

2. Ni uno ni otro problema se pueden considerar resueltos en la ciencia jurídica, no siendo fácil encontrar en las soluciones del Derecho positivo una adecuada orientación. La controversia acerca de la codificación, uno de los capítulos más importantes de la

---

(1) Dejamos este capítulo, con ligeras variantes, como lo escribimos en la primera edición. De rehacerlo, tendríamos que modificarlo ampliamente.

(2) Giner y Calderón, *Resumen de la filosofía del Derecho*, pág. 189. De Diego, ob. cit.

(3) *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho* (trad. esp.), pág. 33.

historia político-jurídica moderna (1), versa principalmente sobre el primero de los problemas indicados. No nos proponemos revisar tal polémica: lo único que aquí importa recordar es que, independientemente de toda argumentación filosófica y del valor respectivo de las opiniones favorables o adversas a la posibilidad y necesidad de los Códigos, la tendencia dominante en el Derecho positivo se ha manifestado favorable a la codificación, realizándose ésta, sobre todo, en los Derechos llamados civil, mercantil, penal y procesal, y, más posteriormente, en el industrial y del trabajo.

---

(1) Sin pretender dar aquí una bibliografía completa de esta célebre controversia, citaré, en primer término, la obra de Savigny, antes indicada, y su *Sistema del Derecho romano actual*, y la de Thibaut, titulada *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814) (*Sobre la necesidad de un Derecho civil común para Alemania*). Pueden consultarse además, acerca de la lucha sobre la codificación y, en general, sobre la escuela histórica: Bluntschli, *Die neuen Rechtsschulen der deutschen Juristen*. Stahl, *Historia de la filosofía del Derecho* (trad. esp.), página 663. Ahrens, *Derecho natural y Enciclopedia jurídica*. Meyer, *La codificación* (1830). Ihering, *La lucha por el Derecho* (trad. esp.). Scolari, *Sulla scuola storica dei giuristi* (1857). Tempia, *Della codificazione civile* (1885). Carle, *La vida del Derecho* (trad. esp.). Miraglia, *Filosofía del Derecho* (trad. esp.), tomo I, págs. 72 y 348. A. Cavagnari, *Filosofia giuridica secondo i canoni della scuola storica* (1865). Vanni, *I Giuristi della scuola storica di Germania* (1885). Morelli, *La funcione legislativa* (1893), págs. 137 y 153. Savigny, Eichorn y Stammler, *La escuela histórica del derecho, Documentos para su estudio* (trad. esp. de Atard) Durán y Bas, Prefacio a la traducción española del *Sistema del Derecho romano actual,* de Savigny.

Pero es necesario advertir que los Códigos elaborados para las diversas ramas del Derecho positivo, más que reducciones sintéticas del Derecho ideal, sistematizado según las exigencias del Derecho mismo en la vida, y bajo el impulso organizador de un sentimiento jurídico universal, han sido, y son, la mayoría de las veces obra política, circunstancial, encaminada: 1.°, a *ordenar* lo que se cree Derecho positivo; 2.°, a *uniformar* las reglas jurídicas; 3.°, a *difundir* su conocimiento; 4.°, a *aclarar* las dudas; 5.°, a *prevenir* ciertos conflictos jurisdiccionales, sobre todo, y 6.°, a *facilitar* las aplicaciones del Derecho positivo.

No sería fácil juzgar aquí el valor jurídico del movimiento favorable a la codificación; pero, inspirándome en ciertas manifestaciones de Savigny (1), quizá pueda aún sostenerse que no revela un estado floreciente de la ciencia del Derecho, ni una gran intensidad del sentimiento jurídico de los pueblos. Los Códigos actuales responden probablemente a una situación vacilante e indefinida del Derecho en la conciencia nacional, significando unas veces esfuerzos encaminados a conservar la obra jurídica tradicional de los romanos, y siendo otras ensayos de definición y organización de las instituciones jurídicas.

3. Consideremos ahora brevemente el segundo problema: ¿a qué monumentos legislativos se debe dar el nombre de Códigos? La formación de un Código, para Savigny, parece implicar la sistematización *reflexiva* y *coactiva* del Derecho de un pueblo. *Código*, del latín *condere:* fundir, reunir, ligar; aplicado al Derecho de un pueblo, supondría la *sistematización, por obra del legislador*, de su Derecho todo. A su ma-

(1) *La vocación*, etc., *passim.*

nera, los antiguos Códigos españoles—Fuero Juzgo, Partidas, Nueva Recopilación, etc.—respondían a tal idea. Pero no es a esta clase de cuerpos jurídicos a los que, por lo común, se da hoy el nombre de Códigos. En este punto, es corriente aplicar la palabra Código al *cuerpo jurídico*, ordenado sistemáticamente, es decir, según un plan más o menos orgánico de clasificación, plan que se reputa científico, y en el que se abarca una rama del Derecho de un pueblo determinado, cuerpo jurídico, obra del legislador, y, por tanto, con la garantía exterior de la sanción coactiva, en relación con la aplicación de sus preceptos por los Tribunales.

4. La consideración de la labor de codificación realizada en tan diversas ramas del Derecho bastaría para justificar el planteamiento del problema en el administrativo. No tiene, pues, nada de extraño que los tratadistas se hayan detenido con frecuencia a estudiar el indicado problema y que se registren entre ellos partidarios de las más diversas soluciones. Desde luego, los defensores de las soluciones generales de la escuela histórica son contrarios a la codificación del Derecho administrativo, como de todo Derecho (1). Pero de éstos no hablaremos ahora. El problema de la codificación del Derecho administrativo tiene una importancia particular, independientemente de los puntos de vista generales contrarios a la codificación: nace esa importancia desde el momento en que se admite como bueno, en principio, o como hecho, la existencia de Códigos en otras ramas del Derecho. En efecto, se pregunta: el Derecho adminis-

(1) Naturalmente, dedúcese esto de los principios sostenidos por Savigny.

trativo, *¿puede* y *debe* codificarse del modo y forma que se han codificado otras ramas del Derecho? O en otros términos: lo que se *ha podido* hacer, y lo que se ha estimado *útil* en el Derecho civil, mercantil, penal, etc., etc., ¿no *podría* hacerse también y no sería *útil* intentarlo en el Derecho administrativo?

5. Las opiniones de los autores acerca de este punto pueden resumirse en tres distintas soluciones, a saber: *primera*, el Derecho administrativo, por circunstancias especiales suyas o de todo Derecho *público*, no puede codificarse: la sostienen, entre otros, Mallein (1), Laferriere (2), Rocco (3), Carmignani (4), Montellini (5), De Gioannis (6), Meucci (aunque algo vacilante) (7) y Di Bernardo (8); *segunda*, el Derecho administrativo puede y debe ser codificado como otras ramas del Derecho: sostienen esta opinión, con más o menos fuerza, entre otros, Trolley (9), Cotelle (10), Solon (11), G. Telesio (12), Manna (13), Musso (14),

(1) *Faut-il codifier les lois administratives.*
(2) *Cours de Droit public et administrative.*
(3) Cit. por Meucci, *Inst.*
(4) Idem id.
(5) *Lo Stato e il Codice civile.*
(6) *Curso*, tomo I, pág. 177.
(7) *Istituzioni di Diritto amministrativo*, pág. 19.
(8) *La pubblica amministrazione*, II, pág. 637.
(9) *Traité de la hierarchie administrative*, I, pág. 6.
(10) *Cours de Droit administrative appliqué aux travaux publics*, I, pág. 185.
(11) *Code administrative* (1848).
(12) Apéndices y notas a la obra citada de Manna (1876), pág. 57.
(13) Manna, *Principii di Diritto amministrativo.*
(14) *La scienza amministrativa considerata in relazione ad un Codice amministrativo degli italiani* (1875).

Minghetti (1) y Santamaría (2); *tercera*, el Derecho administrativo, si no puede codificarse oficialmente y de un modo total, debe procurarse esto, para el porvenir, mediante trabajos de ordenación doctrinal, recopilaciones privadas u oficiales, etc.: sostienen esta opinión, entre otros, De Gerando (3), Colmeiro (4), el mismo Sr. Santamaría (5) y el Sr. Cuesta Martín (6).

6. Los que combaten la posibilidad y utilidad de la codificación del Derecho administrativo repiten casi siempre el mismo argumento: «el Derecho administrativo presenta, dice De Gioannis, en el más alto grado, el carácter de *movilidad*». «A pesar, añade este

---

(1) Minghetti, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione* (1881), pág. 290.

(2) *Curso de Derecho administrativo* (1894), pág. 45.

(3) *Institutes de Droit administratif*, I, pág. 6.

(4) *Derecho administrativo español*, I, pág. 36.

(5) Ob. cit.

(6) *Principios de Derecho administrativo*, I, pág. 18. En el Congreso jurídico español, celebrado en Madrid en 1886, se presentaron conclusiones en las cuales se mantenía un criterio que está dentro de esta última solución. He aquí cómo se formuló una de ellas: «Debe procurarse, como complemento de las reformas que han de introducirse en la jurisdicción contencioso-administrativa, llamada a regular la vida de relación entre el Estado y los particulares, *la codificación administrativa*, a cuyo ideal puede llegarse por medio de la codificación parcial, hecha oficialmente por materias, comenzando por aquellas en que las leyes sean más completas y adelantadas, tengan mayor carácter sistemático y sufran menos la influencia de los partidos y situaciones políticas, y por trabajos doctrinales que preparen la sistematización, que hoy no existe, del Derecho administrativo.» Cons. Gascón y Marín, *Tratado I*, págs. 154-161.

autor, de los ingeniosos esfuerzos de Solon para formar un verdadero Código administrativo, creemos que la legislación administrativa, por su esencia misma, se presta muy mal a una verdadera codificación, a lo menos en el sentido de un Código fijo y duradero... La legislación administrativa es, por su naturaleza, en gran parte movible; está sujeta constantemente a los cambios repetidos y numerosos de las materias sociales a que se refiere.» En el propio sentido se expresa Mantellini, que considera la policía y la administración imposibles de codificar, por ser sus hechos multiformes y complejos en sus circunstancias de lugar, tiempo y demás condiciones. Di Bernardo llega más allá aún: conceptúa que esta índole mudable e indefinible del Derecho administrativo, no sólo no tiende a disminuír, sino que tiende a aumentar, aumentando con ella la imposibilidad de la codificación. Por último, Orlando, escribe que «el Derecho público no se codifica, no sólo por la razón, grave aunque transitoria, de su poca elaboración actual, sino, sobre todo, porque la índole misma de sus relaciones no se presta, no ya a una codificación, sino muy a menudo ni siquiera a una declaración legislativa» (1).

7. Los defensores de la codificación administrativa fíjanse, sobre todo, en la necesidad de uniformar y ordenar la rama del Derecho a que nos referimos. Un autor citado por Di Bernardo decía: «Si la Administración es el orden, es el método organizado..., ¿cómo admitir que frente a este método y este orden se ofrezca, presentando fuerte contraste, una legisla-

(1) *I criteri tecnici per la recostruzione giuridica del Diritto pubblico*, pág. 17.

ción varia, dispersa, contradictoria?...» (1). Manna defiende la posibilidad y necesidad del Código administrativo, a partir del reconocimiento de bases fijas y permanentes en esta rama del Derecho, que es preciso, por otra parte, normalizar y ordenar. El Sr. Santamaría asiente al argumento de Manna (2). Telesio, anotador del libro de Manna, reclama como obra de verdadera utilidad la codificación del Derecho administrativo. Por último, Minghetti, después de copiar la opinión contraria de Montellini y de juzgarla parcialmente verdadera, reconoce el elemento variable que hay en el Derecho público; pero añade que «hay una porción de actos administrativos referentes a materias de policía, de impuestos, de vías de comunicación, agua, sanidad, etc., los cuales, no sólo pueden ser sometidos a normas, sino que estas normas han sido ya, en gran parte, prescritas mediante reglamentos, circulares e instrucciones, tratándose de dar a estas reglas una mayor precisión y fijeza» (3).

8. Realmente los que, sin atreverse a pedir, desde luego, una codificación oficial del Derecho administrativo, se limitan a pedir ordenaciones privadas preparatorias, o bien codificaciones parciales, no se colo-

---

(1) Ob. cit., págs. 646 y siguientes.

(2) Ob. cit., pág. 46. Gascón y Marín (ob. cit., I, pág. 159), refiriéndose a España, dice lo siguiente: «Me he mostrado partidario de la codificación, sosteniendo que las condiciones especiales de nuestro Derecho administrativo hacían que fuese aún mayor que en otros países la utilidad, la necesidad y más difícil la práctica de ella.» Entiende que «afortunadamente se va mejorando la situación doctrinal del Derecho administrativo».

(3) Ob. cit., pág. 292.

can en puntos de vista distintos de los mantenidos por los autores partidarios de la codificación oficial. Únicamente se diferencian en cuanto consideran que el estado actual del Derecho administrativo no es el más a propósito para codificarle.

9. La cuestión no es fácil de resolver; pero es preciso examinarla. Por de pronto, conviene notar que el problema de la codificación del Derecho administrativo no se plantea por los escritores con todo el rigor jurídico conveniente: se atiende demasiado al elemento circunstancial político. En mi concepto, la posibilidad y utilidad de un Código administrativo—como *obra legislativa*—depende: 1.°, de lo que se opine respecto de la codificación en general, y 2.°, de lo que *se pida* cuando se *pide* un Código, y aun de lo que *se espera* que el *Código puede dar de sí*.

10. Un Código, en el sentido técnico, científico, requiere la construcción reflexiva, sistemática, de una institución o de un conjunto de instituciones jurídicas; su posibilidad real reclama todas aquellas circunstancias a que Savigny se refiere (1): esto es, gran adelanto en la técnica jurídica y condiciones de oportunidad política, un perfecto dominio del material por parte de los juristas de la época y un sentimiento del Derecho muy despierto en el pueblo. Verdad es que, como el propio Savigny advierte, cuando todas estas circunstancias concurren, el Derecho positivo tiene espontáneamente un vigor orgánico tal, que no reclama como condición estructural esencial el Código. Esto no obsta, sin embargo, para la posibilidad histórica y la necesidad de los *cuerpos jurídicos*, ya que, como advierte Ihering, «el sistema es la forma prác-

(1) *La vocación*, etc., caps. II, V, VII y IX.

tica más ventajosa de una materia positiva dada» (1).

11. El Derecho administrativo español, y, en general, el Derecho administrativo, no ha logrado alcanzar, en su difícil formación, aquella situación y aquellas condiciones indispensables para que pueda elaborarse un Código técnicamente aceptable: le faltan, quizá, las que Ihering reclama para que haya un verdadero *cuerpo jurídico* (codificable) (2). En efecto, no se ha logrado aún determinar adecuadamente: 1.°, la *noción* precisa del Derecho administrativo; 2.°, el *sujeto* indiscutible del mismo, y 3.°, el *objeto* claramente definido (3).

12. Pero es preciso no forzar demasiado los términos. Si pedimos un Código técnicamente construído y esperamos de él una condensación reflexiva, orgánica, de un Derecho positivo, aparte de que, cuando el Derecho se encuentra en situación tal de progreso que es capaz, acaso, de producir dicho ideal del Códi-

---

(1) *Esp. del Der. rom.*, III, pág. 75 (edic. franc. de 1887): 1.ª, el sistema es la forma más *visible*, porque es la forma más *plástica:* mediante ella, se produce la posibilidad de la *impresión de conjunto* de la masa de materiales jurídicos (pág. 75); 2.°, el sistema es la forma que conviene mejor a la materia, por ser la más *sucinta* y la más *concentrada* (página 76); 3.°, el sistema es la forma más *transparente* de la materia (idem); 4.°, el sistema es una *fuente inagotable de materia nueva* (pág. 77).

(2) L. c., III, págs. 59-61.

(3) La noción del Derecho administrativo se confunde con la del Poder ejecutivo. En cuanto al *sujeto,* mil relaciones hay en que no se fija adecuadamente, por ejemplo, en las de corporaciones cuya naturaleza, como entidades autónomas, está por determinar; respecto del *objeto,* baste recordar lo indefinido de los límites de la Administración.

go, el Código no *se hace, resulta,* acaso debiera sostenerse, que ninguna rama del Derecho de las actualmente codificadas se halla en situación de organizarse en Código. En tal respecto, no juzgamos de peor condición el Derecho administrativo que cualquier otra rama jurídica. En efecto, ¿puede asegurarse que está aquél peor definido en sí, y en sus sujetos, relaciones y materias, que el civil, por ejemplo? Sin duda, hay en éste más tradición, más continuidad y una estabilidad aparente más grande (1); sin duda, que en el Derecho penal se ha llegado a una mayor comunidad de ideas y de conceptos positivos; pero ¿cuán imperfectas no son, en general, las codificaciones de todas estas ramas del Derecho? ¿Podría resultar del intento de codificar el Derecho administrativo español obra mucho más imperfecta que la condensada en el Código civil?

13. En cuanto al argumento tan repetido de la *movilidad* del Derecho administrativo, mucho habría que decir. En primer término, la inmovilidad del Derecho civil es, en parte, más aparente que real. Las instituciones llamadas civiles están siendo hoy objeto de crítica demoledora, y hállanse amenazadas de transformaciones radicales, muchas de las cuales se verifican ya fuera de la esfera de los mismos Códigos. Basta

---

(1) Todas estas consideraciones tendrían que ser hoy totalmente revisadas, si nos propusiéramos ahora de nuevo el problema de la codificación. El Derecho civil experimenta hoy crisis mucho más acentuada y grave que cuando hacíamos las consideraciones del texto, bajo la acción desconcertante de las transformaciones sociales, provocadas por el advenimiento del proletariado con potencialidad suficiente para modificar no pocas instituciones cristalizadas.

recordar lo que pasa con la legislación del contrato del trabajo, lo en tela de juicio que doquier está el sistema económico de la familia, las reclamaciones *civiles* que implica el movimiento *feminista*, los ataques de que es objeto todo sistema hereditario, etc., etc. Y no digamos nada de lo que ocurre en el Derecho penal, en vías de profunda transformación, para pasar a ser de Derecho *expiatorio*, Derecho tutelar (1). Por último, el Derecho mercantil, codificado en casi todas partes, tiene en pleito hasta la razón de su existencia, como rama independiente del Derecho civil (2). La movilidad del Derecho, pues, no puede esgrimirse como argumento en contra de la codificación administrativa.

Pero aun hay más. Cuando la mayoría de los autores hablan de la movilidad excesiva del Derecho administrativo, se refieren a la vez, sin distinguir las materias técnicas y políticas, al Derecho que llaman público, confundiendo en un mismo juicio el político—gobierno del Estado, merced al arte y prudencia del gobernante, bajo el influjo de la opinión pública—y el administrativo. Pero precisamente una de las operaciones más necesarias, a la cual podría contribuír no poco la *codificación* u *ordenación* administrativa, como en parte ha contribuído la *legislación* administrativa, es la de distinguir adecuadamente el Poder ejecutivo político, de gobierno, que en nuestros Estados corresponde al Ministerio, y el Poder o fun-

(1) Véase Dorado, *Problemas del Derecho penal*, y, en general, toda la intensa labor del maestro criminalista, honra de la ciencia española.

(2) Véase d'Aguanno, *La reforma integral de la legislación civil*, pág. 157 (trad. esp.).

ción administrativa, *técnica* y *jurídica* por necesidad, y por necesidad estable, predeterminada, ordenada y esencialmente sometida a los preceptos del Derecho *legislado*, y generadora, en su acción, de una jurisprudencia interpretativa y constructiva. La acción del Poder ejecutivo político, que puede o debe moverse en esferas de amplia libertad, es acción que debe confiarse al hombre de Estado, al político; su límite está en la prudencia gubernamental, condicionada por la responsabilidad personal de los gobernantes-representantes. En cambio, la acción de la Administración, como función del Estado, es acción que debe manifestarse regulada, según las exigencias normales, de una normalidad continua, condicionada por las imposiciones del Derecho y por las del valor técnico de su objeto o materia. No hace falta un gran esfuerzo para poder señalar en la vida de los Estados constitucionales sino los límites definidos de la acción del ejecutivo político y de la acción del ejecutivo administrativo, a lo menos la materia propia de cada una y las tendencias diferentes que se advierten, predominando en la primera el elemento circunstancial y movible, y en la segunda el elemento fijo o estable y técnico. El ejemplo que Francia nos ofrece cambiando, desde Napoleón I hasta 1875, de instituciones *gubernativas* las más contrarias, y manteniendo, no obstante, su organismo *administrativo*, es concluyente en este respecto, como lo es también el valor constructivo de la jurisprudencia del Consejo de Estado (1). Y sin salir de España, ¿quién no ve la tendencia general, bien acentuada, a norma-

(1) Cons. Hauriou, en sus diferentes ediciones del *Précis de Droit adm.*, y Duguit, *Las transformaciones del Derecho público* (trad. esp.), 1916.

lizar los servicios administrativos, mediante su ordenación legal expresa y el reconocimiento legislativo de su carácter técnico? ¿Quién no advierte esa tendencia en las leyes administrativas, que se traducen en otras tantas limitaciones del arbitrio ministerial? ¿Puede, por lo demás, desconocerse que la organización y atribuciones de las autoridades centrales y locales en materias administrativas, la regulación de las carreras de funcionarios públicos, la de las clases pasivas, el servicio estadístico, los servicios de sanidad, instrucción pública, minas, montes, aguas, medios de comunicación, obras públicas, expropiación forzosa, contratación pública, vida económica, ejército, orden internacional, y, sobre todo, en la ordenación regular jurídica del procedimiento administrativo; puede, repito, desconocerse que todo eso ofrece un campo amplísimo a la ley, y que acaso puede ser objeto de una regulación sistemática, ya que hay en todo ello mucho, que no es *mudable*, en el sentido que lo mudable se toma cuando se presenta como el carácter desfavorable del Derecho administrativo?

14. Procurando ahora resumir la opinión que nos parece más prudente, en cuanto al problema de la codificación administrativa, quizá se podría afirmar lo siguiente: 1.°, que el Derecho administrativo no está positivamente en las condiciones apetecibles para la elaboración legislativa, en forma de Código sistemático, que sea verdadera expresión orgánica de un ideal del *Derecho;* 2.°, que el Derecho administrativo, sin embargo de esto, no está de modo absoluto en peores condiciones que las demás ramas del Derecho para ser objeto de una codificación análoga a la hecha en estas ramas; 3.°, que en el Derecho administrativo hay elementos de cierta fijeza, que sería posible y conve-

niente definir y fijar jurídicamente, y 4.°, que en todos los pueblos se advierte una tendencia muy marcada a la estabilidad y normalidad de las instituciones administrativas, tendencia que, dentro de ciertos límites, debe el legislador acentuar (1).

15. En vista de estas conclusiones, ¿qué opinión se podría formular respecto de la posibilidad y utilidad de una codificación del Derecho administrativo español? Desde luego, es preciso reconocer que, aun siendo razonables las conclusiones antes formuladas acerca de la situación general del Derecho administrativo, como rama jurídica codificable, al llegar al español, no puede menos de recordarse que en él se acentúa y agrava todo lo desfavorable. En efecto, por una porción de circunstancias que no es del caso examinar, el Derecho administrativo en España no ha alcanzado una alta elaboración científica (2): su enseñanza es insuficiente (3); la vida de los Poderes del Estado no ha sido tan normal y vigorosa en sus bases y en su organización como sería necesario, para que poco a poco se condensase un Poder administrativo definido, tradicional y progresivo al propio tiempo. Por otro lado, la lamentable confusión de esferas del Poder,

(1) La guerra ha influido, sin duda, modificando bastante las condiciones del Derecho administrativo, al ensanchar, por obra de la necesidad, la acción del Ejecutivo. El reflujo hacia las situaciones jurídicas constitucionales se realiza, pero lentamente aún.

(2) Desde la primera edición de este TRATADO, se ha realizado algún progreso, como más arriba se ha hecho notar.

(3) Nuestros planes universitarios no dan al Derecho administrativo, ni con mucho, el desarrollo indispensable, supuesta la importancia práctica que para el jurista moderno alcanzan los problemas jurídico-administrativos.

hija de la falta de un verdadero *sentido jurídico*, ha introducido el desorden y la arbitrariedad donde debiera reinar el derecho e imperar la justicia. Pero si limitamos nuestras aspiraciones a lo posible, si no damos al Código el valor técnico más arriba indicado, si lo consideramos sólo como modesta manifestación de un esfuerzo por parte del legislador para definir una esfera del Derecho que a todas luces existe, y como un mero intento de coordinación y ordenación, en un *monumento legal*, de principios y reglas dispersas y a veces contradictorias, la obra de la codificación del Derecho administrativo—que, por otra parte, exigiría muy prolijos y detenidos trabajos preparatorios—no la conceptuamos imposible ni sería completamente inútil.

16. Claro es que no cabe reseñar aquí cómo podría o debería procederse para la preparación del Código administrativo español. Por de pronto, estimo, opinando en esto como el Sr. Colmeiro (1) y como el Sr. Santamaría (2), que son antecedentes utilísimos los intentos doctrinales de sistematización del Derecho administrativo, hechos teniendo en cuenta los principios en que tiende a descansar el de España. Por otra parte, sería preciso realizar una verdadera selección, a través de lo legislado, de las disposiciones de carácter administrativo, dado el concepto capital que de éste formara el legislador, así como sería también necesario recoger y formular aquellos principios fundamentales que se desprenden de la jurisprudencia administrativa. Sin que nuestra opinión tenga otro valor que el de una mera indicación provisional, creemos

(1) Ob. cit.
(2) Ob. cit.

que, después de fijar la noción jurídico-positiva del Derecho administrativo, la obra del legislador podría orientarse en la ordenación sistemática, a partir de los preceptos constitucionales, que son la base actual de la organización político-administrativa, y que, con ligeras variantes de fondo y forma, vienen siéndolo hace cerca de un siglo, para recoger luego todo lo legislado: 1.°, sobre la función administrativa en general; 2.°, sobre las organizaciones administrativas; 3.°, sobre las distintas materias de la Administración, y 4.°, sobre el procedimiento y la jurisdicción administrativos.

CAPÍTULOS ESPECIALES

DEL

DERECHO ADMINISTRATIVO

I

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (1)

Los estudios que van a continuación pueden servir como complemento del capítulo IV de la *Introducción*, en el que se expone la teoría general de las *Fuentes del Derecho Administrativo*.

§ 1. *Los Reglamentos.*

1. Entiéndese, de modo general, por reglamento la disposición—*acto*—del Poder público competente, enderezada a hacer efectivo y eficaz el cumplimiento de las *leyes* en relación con la prestación, gestión y desempeño de los servicios administrativos—*públicos*—; es una de las *formas* de manifestación y de realización, concreta y práctica, de la actividad del Estado, o de los Estados. Define el Reglamento el Sr. Santamaría como una de las manifestaciones de

---

(1) En este capítulo y en los siguientes utilizo trabajos publicados en la *Enciclopedia Jurídica Española*, de Seix (Barcelona), y cuya elaboración me ha servido para rehacer y rectificar no pocas ideas fundamentales del Derecho administrativo.

la *potestad reglamentaria* de la Administración, o sea de «la facultad que tiene la Administración de *dar reglas* para el cumplimiento de la ley o de una disposición administrativa». En efecto, la indicada potestad «se manifiesta—dice el Sr. Santamaría—en estas dos formas: 1.ª, de *reglamentos*, o sea serie de reglas que forman conjunto para el cumplimiento total o parcial de una ley o disposición administrativa, y 2.ª, de *reglas aisladas*, producidas por un caso particular que da lugar a una medida general» (1).

Según Gascón y Marín, aun cuando existe «diversidad de opiniones, en cuanto al concepto y naturaleza del reglamento, va estudiándose la doctrina según la que toda norma de Derecho objetivo general, que no revista forma de ley, es reglamento» (2). El reglamento, para Fernández de Velasco, se comprende en el concepto general de los *preceptos administrativos*, que son «las normas jurídicas que formula la propia Administració» (3). «Si la vida del Estado—añade—ha de ser jurídica, si para ser jurídica ha de desarrollarse en conformidad a normas, y éstas no siempre se formulan por el Poder legislativo, la continuidad administrativa impone que la Administración, dictando preceptos, no solamente secunde la ley y la interprete, sino que la supla y la sustituya de una manera discrecional y según los preceptos doctrinales, dándose así lugar a los Reglamentos la ausencia de ley» (4).

---

(1) *Curso de Der. Adm.*, 1914, pág. 53.
(2) *Tratado de Der. Adm.*, tomo I, pág. 123.
(3) *Resumen de Der. Adm.*, I, pág. 206.
(4) Ob. cit., I, pág. 207. V. también pág. 62.

2. Orlando determina el concepto del *reglamento*, considerándolo como una manifestación de la actividad del Estado en la realización de sus fines, distinta de la que se concreta en la ley en sentido propio. «Mientras la ley, considerada en sentido propio—dice—, contiene necesariamente una norma general e imperativa, incondicionalmente, para todos los ciudadanos, el mandato del Estado, que sirve para hacer efectivos los fines de la Administración pública, tiene efectos diversos, según sus formas y contenido. Ante todo, distingue las manifestaciones de la actividad de mando, según a las personas a quienes se dirigen, refiriéndose, para el caso, a aquellas que se relacionan con los *ciudadanos*, bajo la acción del mando, convertidos en *súbditos;* la actividad del Estado a que se hace referencia concrétase en ordenanzas, que pueden ser generales, relativas a un orden dado de casos, o relativas a un fin determinado y concreto. Las ordenanzas generales se distinguen de la *ley* en sentido propio, esto es, de la declaración de un principio jurídico, en cuanto la ordenanza se limita a regular, aunque sea bajo forma de norma general, la manera cómo un principio de Derecho se hace efectivo. Este es—añade—el sentido característico de la ordenanza, emanación del Poder ejecutivo, declaración de la voluntad del Estado, coordinada con la actividad del mismo a quien sirva» (1). Pero conviene advertir que, en la práctica, esta diferenciación sustancial entre ley y ordenanza no se produce fiel y exactamente: las leyes, aunque de una manera *impropia*, invaden el campo del ejecutivo, y las ordenanzas contienen a menudo

(1) *Principii di Diritto Amministrativo*, págs. 230-231.

disposiciones de carácter eminentemente legislativo. Las ordenanzas que «podríamos llamar propias podemos definirlas así: aquellas disposiciones de la autoridad pública—en general, del Poder ejecutivo, y salvo la función del Parlamento relativa a las leyes impropias—, encaminadas a procurar el mantenimiento del Derecho, con normas generales que contienen mandato obligatorio para los ciudadanos». «La autoridad pública ha de ser, en cada caso, la competente, por razón de la materia y del territorio.» «Y en cuanto a la terminología, dice, por fin, Orlando, de nuestro Derecho positivo, esas disposiciones tienen nombres diversos, que no revisten importancia, sin embargo, con respecto al contenido y al alcance efectivo de aquellos actos: *reglamentos*, cuando se refieren a una amplia y autónoma esfera de actividad y redactados con intención sistemática; *ordenanzas*, *decretos*, cuando son más circunscritos por su objeto» (1).

3. M. Duguit define concretamente el reglamento desde un punto de vista formal, diciendo que es «toda disposición de carácter general emanada de un órgano distinto del Parlamento, o, si se quiere, toda disposición de carácter general dictada en una forma distinta de la legislativa, es decir, voto del Parlamento y promulgación del Presidente de la República» (2).

Es, para Moreau, el reglamento «regla obligatoria impuesta por autoridad pública que no sea el Parlamento» (3).

4. Con certera visión del fondo jurídico de los con-

---

(1) *Principii di Diritto Amministrativo*, págs. 232-233.
(2) *Manuel de Droit Constitutionnel*, pág. 103.
(3) *Le Règlement Administratif*, pág. 2.

ceptos, M. Hauriou define el reglamento en estos términos: «una manifestación de voluntad, en forma de regla general, de una autoridad con poder reglamentario, enderezada a la organización y a la policía del Estado con un espíritu a la vez constructivo y autoritario». Y explicando el concepto, distingue el punto de vista formal y el punto de vista material de esta manera: 1.°, desde el punto de vista formal, un reglamento es «una disposición dictada por una autoridad administrativa con poder reglamentario y para ejercer ese poder, sin preocuparse de la adhesión de los súbditos» (1), es decir, disposición de Poder público, que manda, y en este caso, por sí, directamente: «no es, como la ley, el reglamento, el resultado de una operación con procedimiento que pone en *juego varias autoridades*» (2), «salvo el caso del Reglamento de Administración pública» (3), y añade: «sin duda, los reglamentos deben ser dictados, a veces, después de oír a un Cuerpo consultivo, o salvo aprobación de autoridad superior; pero es un principio el que los Cuerpos consultivos no participen en la decisión y que la autoridad que da su aprobación tampoco participe» (4).

---

(1) V. Hauriou, *Précis de Droit Administratif* (1919), pág. 84. Cons. Moreau, *Le Règlement Administratif* (1902). G. Cohen, *La loi et le Règlement*, 1903. Gascón y Marín, *Derecho Administrativo*, I.

(2) Idem, pág. 84.

(3) Los reglamentos llamados en Francia de *Administración pública* presentan los tres caracteres siguientes: 1.°, han de ser objeto de liberación del Pleno del Consejo de Estado; 2.°, la redacción estará prescrita por una ley; 3.°, se dictan para completarla (Hauriou, íd., pág. 87).

(4) Hauriou, íd., pág. 84, nota 3.

Desde el punto de vista material, el reglamento, sigue Hauriou, es «una manifestación de voluntad, en forma de regla general, enderezada a la organización y a la policía del Estado, con un espíritu a la vez constructivo y autoritario» (1); en cuanto norma general, el reglamento se parece a la ley: la primera divergencia, respecto de la ley, consiste en que ésta «no es una manifestación de voluntad y no es constructiva»: manifestación de voluntad parece equivaler, en la idea de M. Hauriou, a «decisión ejecutoria», que, al serlo, construye—la ley da la norma—, que flota en esta relación jurídico-pública, hasta que el poder reglamentario, con su «ejecución», construye según o para la norma, o por propio impulso espontáneo, con un fin que consiste, «sea la organización de un servicio, sea la policía del orden público». El carácter *autoritario* del espíritu inspirador del reglamento—mando, ordeno, dispongo, decido—nace del hecho de que la preocupación a que obedece es, sobre todo, «desenvolver la acción del poder de gobierno y administrativo»; además, «el valor obligario del reglamento procede exclusivamente del *jussus* gubernamental y no de una naturaleza de las cosas que sería obligatoria por sí misma, o de un *consensus* de la nación» (2).

5. A nuestro juicio, la elaborada teoría de M. Hauriou no ofrece, no obstante el esfuerzo de penetración constructiva que revela, una doctrina general jurídi-

---

(1) Hauriou, id., pág. 90.

(2) La ley, por el contrario, se concibe con espíritu de libertad, y su carácter obligatorio proviene «de la naturaleza de las cosas y del *consensus* de la nación» (Hauriou, id., página 91).

ca aceptable del *reglamento*, especialmente del *reglamento* considerado en sentido propio y estricto, como disposición (de valor *legal)* orgánica, en forma o con intención sistemática (Orlando), no como un simple y mero acto del ejecutivo—orden, decreto (Orlando) o regla aislada (Santamaría)—. Ni sería fácil, si es que es posible, formular tal doctrina, con un valor distinto del meramente *formal* y estrictamente histórico-positivo. El reglamento del Derecho administrativo moderno, más que a una teoría general de las actividades del Estado, diferenciadas sustancialmente, es decir, por razón del contenido respectivo de dichas actividades, en funciones sustantivas, distintas, incluso estructuralmente, responde a una adaptación puramente histórica, y en cada pueblo, a su modo y según su genio, de las exigencias *formales* de la *división de los poderes*, consecuencia, tal adaptación, en cada caso, de la instauración, tan diversamente practicada, del *régimen constitucional.*

Es bien notorio que la *división de los poderes*—legislativo, ejecutivo y judicial (1)—, aunque refleje estructuralmente una diferenciación funcional de la actividad *jurídica* y *política* del Estado, en consonancia con los momentos esenciales de la *elaboración* y *aplicación* de las *normas jurídicas* (2), no entraña, sin em-

---

(1) O, como quiere Jellinek, «legislación, jurisdicción y administración», *Teoría general del Estado*, II, pág. 302.

(2) Hemos desarrollado esta doctrina en nuestro *Tratado de Derecho político*, tomo I Cóns. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel* y *Manual* cit. Jellinek, *Teoría general del Estado*, tomo II, cap. XIV (esp., págs. 156-162), y capítulo XVIII. V., de este autor, *Gesetz und Verordnung.*

bargo, una expresión formal, fiel, de las direcciones fundamentales de aquella actividad. «La ingenua identificación, dice Jellinek, entre *actividad* del *órgano* y *función* del Estado, tal como la ha venido aceptando la doctrina del Estado, desde Aristóteles hasta la actualidad, no puede dar solución a los más importantes problemas teóricos y prácticos de la doctrina de las funciones» (1), por ejemplo, entre otros, al problema de la determinación de la naturaleza *esencial* de las *formas* concretas de expresión de las distintas funciones de la actividad jurídica del Estado: *ley*, *reglamento*, *decreto*, *sentencia*.

6. En efecto, ¿cuál es, *materialmente*—por razón del *contenido*—, la esfera propia de la *ley* y, a diferencia de ésta, la esfera propia del *reglamento*? Veamos lo que dice el mismo M. Hauriou, después de haber determinado, de un modo general, el reglamento, desde el punto de vista de su materia, en la manera arriba expuesta: «en tales condiciones, dice, el dominio de aplicación de los reglamentos resulta indicado: lo constituyen las materias en que hay organizaciones públicas que crear y en las que, por otra parte, tales organizaciones son probablemente provisionales; tal ocurre con la organización de servicios públicos nuevos en la metrópoli y con la organización de todo el régimen público en las colonias; tal también con

---

(1) Ob. cit., II, págs. 300-301; la diferenciación entre la doctrina de las funciones del Estado y la teoría de la división de los poderes, o de la estructura del Estado moderno, la hemos elaborado como una exigencia fundamental de la teoría del Estado, en nuestro *Derecho político* (tomo I, primera edic., 1893; comp. 1a 2.ª edic., tomo I, vol. II).

las materias de policía en las que se trata de atender rápidamente a los peligros, sin cesar renovados, que amenazan al orden público (1).

¿Puede darse nada más indeterminado? ¿Con qué criterio se fijará la esfera de la ley y la acción del legislador, sea moviéndose dentro de los límites constitucionales, o bien plenamente libre y soberana, como la del Parlamento inglés, frente a la creación y organización del servicio público? ¿Dónde empieza la función reglamentaria fuera o subordinada a la ley?

7. «El *reglamento*—dice Jèze—difiere de la ley propiamente dicha, no por su contenido jurídico, sino por su forma, por la autoridad de quien emane. Una regla general, dictada por las Cámaras legislativas, es una ley propiamente dicha; la misma regla general, si es formulada por otra *autoridad pública*, es un reglamento» (2).

8. La diferencia, pues, entre ley y reglamento—recuérdese la definición de M. Duguit—es formal y cir-

---

(1) Hauriou, ob. cit., pág. 91.

(2) *Principes généraux du Droit Administratif* (1914), página 277. En la doctrina general de los actos *legislativos* o *reglamentarios*..., los define distinguiéndolos de los *actos creadores de situaciones jurídicas individuales* (acto unilateral o contrato), de los *actos condiciones, condición* de aplicación a un individuo de una situación jurídica general, o del ejercicio de un poder legal, y de los jurisdiccionales; el acto legislativo o reglamentario se «reconoce en que *organiza, crea*, una situación jurídica *general, impersonal, objetiva; crea, organiza*, un poder *impersonal, objetivo;* contiene esencialmente una regla de Derecho, una norma jurídica». «Poco importa la calidad del acto o sus formas...» (Obra citada, págs. 21-22.)

cunstancial, y el valor de tal diferencia tiene un alcance circunstancial también, que afecta al régimen jurídico de los *actos* en que constitucionalmente se concreta la actividad del Estado, por razón del autor—poder o autoridad—del acto, y en razón a la subordinación en que unas autoridades están respecto de las otras (1).

9. Los reglamentos y, en general, la potestad de dictar reglas o normas generales de la Administración—el mal llamado *Poder ejecutivo*—, tiene su fundamento en la naturaleza misma de las funciones del Estado, que, aun cuando se diferencien y especialicen en órganos distintos—específicos, autónomos—, no llega la especialización a tal extremo, que el órgano específico—el Parlamento, para lo legislativo, o los

---

(1) «La identidad de naturaleza jurídica—dice M. Jèze—entre la ley y el reglamento tiene como consecuencia la identidad de régimen jurídico; *en principio, el régimen jurídico es el mismo para la ley y para el reglamento.* Excepcionalmente, la *calidad del autor* del acto puede ejercer una influencia sobre el régimen jurídico; pero es *excepcional.* Así, en Francia es admitido, como regla, que las manifestaciones de voluntad de las Cámaras están fuera, en absoluto, de la acción de los Tribunales. Regla esta que se aplica por consideraciones de política y de historia, más o menos especiales, de Francia. Y de ahí resulta una diferencia en el régimen jurídico de la ley y del reglamento. La ley propiamente dicha está, en Francia, fuera de toda acción jurisdiccional, no en razón de su naturaleza jurídica, sino en razón de la calidad del autor de la ley: el Parlamento. Como tal razón no existe para el reglamento, en Francia, los reglamentos, sean cuales fueren, están sometidos a la acción jurisdiccional». (Ob. cit., pág. 23.)

Tribunales, para lo judicial, o el Gobierno para lo administrativo—recoja íntegramente y *monopolice*, por decirlo así, la función respectiva: especializadas las funciones en órganos predominantes, se compenetran aquéllas de tal forma, que, verbigracia, en el órgano legislativo se manifiesta la acción ejecutiva, y en la Administración se produce, inevitablemente, una acción legislativa interior y exterior, que se concreta y especifica, a su vez, en la potestad reglamentaria. «La complejidad y difusión de la Administración—decíamos en otro lugar—hace que la función de la ley respecto de ella, no se limite a la regulación solemne del Poder legislativo. Dentro de la acción—diríamos, mejor, *es/era* de competencia—de la Administración hay una manifestación circunstancial—quiere decirse que cambia de Estado a Estado y aun de momento a momento—de la legislación, que suele denominar *potestad reglamentaria*. La potestad reglamentaria, pues, viene a ser función legislativa interior de la Administración, y, ejercida por ella (naturalmente, según exigencias de forma): no es, en tal respecto, una potestad exclusiva del Ejecutivo, sino de la Administración, que a veces ejerce el Ejecutivo, pero que, además, tienen las instituciones que regulan *su* Administración propia; por ejemplo, el Congreso y el Senado, los cuales dictan sus reglamentos» (1), incluso en virtud de un precepto constitucional (2), como el ejecutivo, según veremos.

10. Se ha discutido, y se discute, si la potestad reglamentaria, especialmente la que se concreta y ma-

(1) V. la primera edición de este TRATADO, I, pág. 257.
(2) Art. 34 de la Constitución de 1876.

nifiesta en los *reglamentos* «para la ejecución de las leyes» (1), es una facultad delegada del Poder legislativo en el Ejecutivo (o Administración) (2). «La potestad reglamentaria—dice el Sr. Santamaría—se ejerce por delegación del Poder legislativo, en cuanto es necesaria para la ejecución de la ley, y, por tanto, la validez de los preceptos administrativos depende necesariamente de su conformidad con los formulados por el legislador a que se refieren» (3). No creemos que pueda sostenerse esta opinión, ni en principio ni dentro de nuestro mismo Derecho positivo constitucional: la potestad reglamentaria—decíamos en otro lugar—«en sí es *función legislativa*—en cuanto entraña determinación de normas—, que ejerce la Administración, con más o menos amplitud, según el sistema político vigente, que en parte puede ejercer por delegación *expresa* del legislativo, como cuando éste así lo dispone, y que, en parte, necesariamente tiene que ejercer la Administración misma, por ser imposible realizar, entre las funciones la total separación que entraña el supuesto de la división de los Poderes» (4): supuesto éste que no se traduce nunca en positiva realidad.

Con razón afirma M. Hauriou «que, en principio, cada uno de los grandes poderes públicos tiene el poder de reglar: donde ese poder no funciona, es que ha sido suprimido, pero donde funciona, no lo hace

---

(1) Art. 54, núm. 1.º de la Constitución de 1876.

(2) V. Stein, *Handbuch der Werwaltungslehre*, I. Goodnow, *Derecho Administrativo Comparado*, I.

(3) Ob. cit., pág. 55.

(4) En la primera edición de este TRATADO, I, pág. 258.

en virtud de una delegación de la ley, sino por su propia virtud. Debe considerarse como falsa, añade, la teoría según la cual el poder reglamentario es una delegación del poder legislativo: es falsa porque el poder reglamentario es espontáneo, e históricamente anterior al legislativo, y, además, porque en un país de Constitución escrita y de separación de poderes, el poder legislativo no se delega (1).

11. La teoría de la delegación legislativa del poder reglamentario no encuentra, por otra parte, su fundamento en la Constitución; en efecto, tal potestad arranca directamente de la Constitución misma, como distinta del legislativo ordinario, y en la Constitución tiene además su límite. Recordemos las disposiciones constitucionales determinantes de la competencia respectiva de los órganos legislativo y ejecutivo en la función reglamentaria: según el art. 18, «la potestad de *hacer* las leyes *reside* en las Cortes con el Rey»; según el núm. 1.°, del art. 53, corresponde al Rey (claro es, en las condiciones del art. 49 relativo a responsabilidad ministerial) expedir los decretos, *reglamentos* e *instrucciones* que sean *conducentes para la ejecución de las leyes*» (2); esto supuesto, otorgada la facultad reglamentaria al Rey, ¿necesita éste de una delegación, ni expresa ni tácita, del legislativo para dictar un reglamento? En manera alguna: lo que ocurre es que, en ocasiones, el legislador aprecia por sí mismo la necesidad de que, para la aplicación de una ley, se dicte un

---

(1) Ob. cit., pág. 85.

(2) Debe concordarse esta disposición constitucional con el art. 50 de la misma Constitución, según el cual, «la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey».

reglamento o instrucciones, incluso con tales o cuales garantías, términos o exigencias (1); puede haber, en esto, encargo o *mandato, delegación*, en cuanto el reglamento haya de contener normas que el legislativo *pudo* dictar—por ser de su competencia... ilimitada—, pero que ha estimado prudente o preciso encomendar a la acción reglamentaria del Ejecutivo o de la Administración. En todo caso, la disposición legislativa relativa a la elaboración de un reglamento tiene la virtud de convertir en obligatoria y precisa una *facultad constitucional* del Ejecutivo, dando al reglamento una mayor *solemnidad e importancia* exteriores, declaradas (2).

12. La consideración de estos reglamentos, que tienen un origen legislativo inmediato, puede servir, en el Derecho español, para una división entre los que entrañan una obligación expresa de parte del Ejecutivo—los *reglamentos de ley*—y los *ordinarios*, que el Ejecutivo elabora y dicta según su buen criterio, merced a una libre interpretación del precepto constitucional.

13. Como el reglamento se dicta, según la Constitu-

---

(1) Así, por ejemplo, en determinadas leyes sociales se ha dispuesto que «el Gobierno, oyendo al Instituto de Reformas Sociales, dictará, en el término de (dos, tres meses), el reglamento (o las Instrucciones) para el debido cumplimiento de la presente ley».

(2) Tal y de tal naturaleza, sin embargo, que en el Derecho francés sirve para caracterizar, con otras condiciones, los llamados *reglamentos de Administración pública* y los *en forma de reglamento de Administración pública*, a diferencia de los reglamentos *ordinarios*. (V. Hauriou, ob. citada, pág. 87.)

ción, para «la ejecución de las leyes», y, a veces, como hemos visto, para dar cumplimiento a *una* ley determinada que expresamente lo exige, el reglamento ha de dictarse acomodándose a las leyes en general, y especialmente a aquellas para cuya ejecución se expide: ha de moverse en los límites de las leyes—subordinándose así a ellas por razón de la materia—por el contenido y debiendo formalmente acomodarse—en su elaboración y requisitos—a la leyes también. El Sr. Santamaría señala el *límite* —en cuanto a la materia—de los reglamentos, diciendo que la ley «debe comprender todos los principios fundamentales y de carácter general, dejando a los reglamentos las reglas de aplicación que se muestran como detalles y dependen de circunstancias locales o de hechos imprevistos y complejos y poco conocidos aún» (1). Nos parece algo vaga e indeterminada la doctrina del señor Santamaría, y es que, como antes hemos indicado, no cabe diferenciar, por razón del contenido, la ley y el reglamento, ni, por tanto, es posible establecer la subordinación de éste respecto de la ley, atendiendo, abstractamente y de modo general, a la menor importancia jurídica del objeto propio del reglamento. Parécenos más razonable y fundada la posición de M. Hauriou al sostener que el reglamento, aunque subordinado a la ley, «no deja de ser una fuente de Derecho autónoma», y, siendo legal—con la misma fuerza e importancia que la ley misma—, la subordinación del reglamento a la ley debe entenderse «en el sentido de que toda disposición reglamentaria, en contradicción, ya sea con los términos de una *ley*,

(1) Ob. cit., págs. 56-57.

ya sea con el *espíritu de la ley*, ya con una libertad *definida* consagrada por una ley, tendrá vicio de ilegalidad si, por otra parte, no ha sido tomada en virtud de otra disposición de la ley» (1).

14. La validez del reglamento depende además de otras condiciones que pueden resumirse en esta forma: 1.ª, que se dicte por autoridad competente en los límites de sus atribuciones; 2.ª, que se elabore y publique con los requisitos y solemnidades previamente exigidas (2).

La *única* autoridad competente, según la Constitución, para dictar o expedir los reglamentos «conducentes para la ejecución de las leyes», es el Rey (artículo 54, núm. 1.º de la Constitución); pero este precepto constitucional ha de entenderse aplicado y desarrollado en la forma práctica según la cual se manifiesta la función del Ejecutivo, y merced a la cual las prerrogativas y potestades del Rey se hacen efectivas mediante el refrendo o la acción ministerial en forma de Reales decretos o de Reales órdenes y según las demás exigencias por las leyes establecidas y reguladas.

Ahora bien: dado esto, la segunda condición a que nos referimos se traduce en el hecho y exigencia de que el reglamento, para la aplicación de la ley, el que llama el Sr. Santamaría (3) de potestad reglamentaria directa, se dicta por una disposición real—Real

---

(1) Ob. cit., pág. 94.

(2) Santamaría, ob. cit., pág. 58.

(3) Es decir, que «desarrolla el precepto mismo del legislador»: siendo *mediata* «cuando desarrolla en nuevas reglas otras anteriores que la Administración ha dictado en el ejercicio de esta potestad». (Idem, pág. 53).

decreto, y oyendo al Consejo de Estado, según lo exige la ley orgánica del mismo (1)—que, sin embargo, permite sean los reglamentos puestos en vigor, con carácter provisional, por razones de urgencia.

Pero conviene advertir que, aparte los reglamentos de carácter general, bien sean los exigidos expresamente por la ley respectiva, bien los dictados por propia y espontánea iniciativa del «Ejecutivo», pueden dictarse, y se dictan, otros reglamentos especiales, o preceptos de carácter reglamentario, por las autoridades integradas en el Ejecutivo: «la potestad reglamentaria, dice el Sr. Royo Villanova, comprende a todas las autoridades que, en más o en menos extensa circunscripción, tienen a su cargo la ejecución de las leyes y la prestación o gestión de servicios administrativos; así, son preceptos reglamentarios lo mismo los que dicta el Rey (Real decreto), que los que, en su nombre, formulan los Ministros (Real orden) que los que expiden sus delegados en provincias (Gobernadores, Delegados de Hacienda, Autoridades militares, etcétera) (2).

Así como revisten el carácter, condición y valor de reglamentos ciertas disposiciones emanadas de las autoridades locales y de corporaciones públicas (3).

---

(1) V. art. 27, párrafo 8.° de la Ley de 5 de abril de 1904.

(2) *Derecho administrativo* (1900), I, p. 71-72.

(3) Gascón y Marín habla, en este respecto, de *reglamentos* y *ordenanzas locales* o emanados de corporaciones públicas (Ob. cit., I, pág. 145). Fernández de Velasco, con referencia a la legislación española, habla de reglamentos de la Administración central, de los Cuerpos Colegisladores, de la Administración local y de otras corporaciones (Ob. cit., I, pág. 208-209).

15. Recordando la doctrina jurídica expuesta al hablar de las fuentes del Derecho administrativo (capítulo II, § 2.° de la Introducción), creemos pueden formularse estas normas generales: 1.° Un reglamento no puede modificar las disposiciones de las leyes; 2.° Un reglamento no puede violar los derechos fundamentales de la personalidad constitucional o legalmente establecidos o garantidos, no puede gravar la persona ni la propiedad, con cargas que no tengan un origen en la ley (1). Y el reglamento expedido según la Constitución y con arreglo a las leyes, obliga como una ley; un reglamento no debe modificarse sino por disposición de igual valor legal o superior—reglamento o ley—. El reglamento ilegal no debe ser aplicado, no obliga. Hállase esta doctrina consagrada por la legislación positiva. En primer lugar, la legalidad de los reglamentos está sancionada por el art. 388 del Código penal (2). Por otra parte, existen determinados

(1) V. el tit. I de la Constitución (Hauriou, l. citado).

(2) Según este artículo, «el funcionario público que invadiese las atribuciones del Poder legislativo, ya dictando reglas o disposiciones generales, excediéndose de sus atribuciones, ya derogando o suspendiendo la ejecución de una ley, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal especial y multa de 150 a 1.500 pesetas». La Constitución de 1869 contenía, en su art. 92, un precepto muy explícito respecto de la no aplicación de reglamentos ilegales: «Los Tribunales, decía, no aplicarán los reglamentos generales, provinciales y locales sino en cuanto estén conformes con las leyes»; más terminante aun el art 7.° de la Ley orgánica del Poder judicial, dispone que «no podrán los Jueces, Magistrados y Tribunales: 1.°, aplicar los reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquiera clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes».

recursos contra el reglamento ilegal, a saber: 1.°, ante las Cortes o el Rey, ejerciendo el derecho de apelación que garantiza el art. 13 de la Constitución, a fin de que, dice el Sr. Santamaría, el Poder legislativo declare el reglamento contrario a la ley y exijan (recurso ilusorio) la responsabilidad ministerial; 2.°, ante los Tribunales, a fin de obtener la absolución por incumplimiento de un precepto ilegal; 3.°, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto el precepto reglamentario pueda lesionar un derecho particular, establecido o reconocido por una ley. Según el art. 3.° de la Ley de 22 de junio de 1894, «el recurso contencioso-administrativo, podrá interponerse contra resoluciones de la administración que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de una disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originaron aquellos derechos».

§ 2. *El Real decreto y la Real orden.*

1. Concreta y estrictamente, el *Real decreto* es una de las formas bajo que se exterioriza o manifiesta la acción del Poder ejecutivo, y con expresión más «constitucional», los «mandatos» del Rey. En efecto, según la Constitución de 1876, «ningún mandato del Rey puede llevarse a efecto si no está refrendado por un Ministro, que sólo por este hecho se hace responsable» (art. 49). En realidad, el Real decreto es el documento de valor y fuerza legales—disposición legal—que, por sus requisitos formales, responde de una manera más exacta y fiel a la doctrina del art. 49 de la Constitución. Bastará recordar lo que burocráticamente es un Real decreto, aparte el contenido de sus disposiciones; habla el Rey: «vengo en decretar», dice, o bien: «vengo en nombrar», y a continuación sigue la parte dispositiva—un reglamento, una disposición administrativa, un nombramiento, una autorización para presentar en las Cortes un proyecto de Ley—, y al final: «dado en... a tantos de tal mes y de tal año»; a continuación, la firma del Rey, e inmediatamente, la del Ministro (1) o de los Ministros responsables (2).

(1) V. art. 248 del Reglamento sobre organización y procedimiento administrativo de la Subsecretaría del Ministerio de Gracia y Justicia de 9 de julio de 1917: «Los Reales decretos se redactarán a nombre del Rey, encabezando su parte dispositiva con las palabras: «Vengo en...», e insertando en ella el contenido exacto del acuerdo o resolución que se ejecuta, y los demás requisitos legales y reglamentarios: terminando con la expresión del lugar donde se da el decreto, y de su fecha, y llevando al pie la firma entera, sin rúbrica, del Ministro que la refrenda, salvo que corresponda refrendarlo al Presidente del Consejo de Ministros».

(2) Ciertos Reales decretos, que implican ejercicio no

2. La teoría del Real decreto supone:

1.° Que el Consejo de Ministros somete — incluso, cuando es preciso, después de oportuna exposición o razonamiento—un proyecto de decreto a la «Soberana aprobación», o bien es un Ministro, el que en la exposición razona el proyecto y lo somete al Rey (1);

2.° Que el Rey acepta la propuesta, diciendo: «De conformidad con lo acordado por mi Consejo de Ministros», o bien «de acuerdo con mi Consejo de Ministros, y a propuesta del de ...»—el que corresponda—, si se trata de decretos que suponen o exigen acuerdo en Consejo de Ministros; o bien todavía dice: «A propuesta del Ministro de ...»;

3.° Que en su virtud —de lo acordado y propuesto—, el Rey decreta en la forma que queda indicada antes, y

4.° Que el Ministro *refrenda* lo dispuesto o mandado por el Rey, para darle la plena eficacia «constitucional».

---

constitucional de la potestad legislativa, se han publicado firmados o refrendados por todo el Ministerio, sin duda para comprometer íntegra la responsabilidad del Gabinete. Véanse, por ejemplo, el Real decreto estableciendo el régimen de intensificación de retiros obreros, de 11 de marzo de 1919, y otro de 3 de abril, del mismo año, prohibiendo el trabajo nocturno en la panificación.

(1) «Cuando el decreto tenga carácter de generalidad o su índole lo requiera, el Ministro, o el Presidente en su caso, someterá a la aprobación de Su Majestad el proyecto del mismo, en virtud de las consideraciones que expondrá en un preámbulo, que fechará y firmará con firma entera, sin rúbrica, encabezando con la palabra «Señor», y terminando con la antefirma: «Señor: A L. R. P. de V. M.» (Art. 248 del reglamento citado de 9 de julio de 1917.)

3. No es, pues, el contenido, la materia, lo que en rigor caracteriza, de modo general y concreto, el Real decreto; su fuerza de obligar arranca de la Constitución, especialmente: 1.° del art. 50, según el cual, «la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey»; 2.° del número 1.° del art. 54, toda vez que, según él, «corresponde al Rey: Primero. *Expedir los decretos*, reglamentos e instrucciones que sean *conducentes para la ejecución de las leyes*». Ahora bien: la determinación de la competencia del *Poder ejecutivo* — del Rey, pero bajo el régimen de los artículos 48 y 49 de la Constitución, o sea de la responsabilidad ministerial—supone que dicho Poder actúa por «*decretos*, reglamentos e instrucciones; mas «para la ejecución de las leyes»: en otros términos, que la materia del Real decreto no debe ser de la reservada al Poder *legislativo* ni, claro es, al *judicial*, según éste se define en la Constitución (1). En rigor, la misma Constitución, en diferentes artículos, señala, en cierto modo, la esfera de acción de los Reales decretos y de las demás disposiciones que el Rey puede dictar. Recuérdense los artículos que determinan prerrogativas reales (verbigracia: artículos 22, 32, 36, 37 y 41), y más especialmente los que especifican las funciones propias del Rey con sus Ministros (título VI de la Constitución), artículos 52, 53 y 54; sobre todo este último.

4. El Sr. Santamaría considera los *Reales decretos* y las *Reales órdenes* (y *órdenes* de las Direcciones generales) como las «formas de los actos de *mando* de la Administración», y dice que el Real decreto «es la

(1) Véase el art. 388 del Código penal, y 7.° y 8.° de la Ley orgánica del Poder judicial de 15 de septiembre de 1870.

forma más solemne», y «se reserva para los asuntos de mayor importancia, los que exigen cierta solemnidad, y los propios de las prerrogativas regias, v. g.: convocatorias y disolución de Cortes, expedición de reglamentos generales para la ejecución de las leyes, concesión de indultos, altos nombramientos civiles y militares, etc.» (1). A nuestro parecer, el Real decreto es acto de Poder, de decisión o de disposición, o mejor del Ejecutivo—el Rey con los ministros—en función de gobierno o de administración, y su *fuerza jurídica de obligar*, viene: *a*) de que recaiga sobre materia de la competencia constitucional o legal del Poder que lo dicta; *b*) de ciertos requisitos: acuerdo en Consejo de Ministros si estuviere exigido, refrendo ministerial en todo caso (2).

5. El *Real decreto* debe además considerarse como una de las fuentes de Derecho administrativo, en cuanto en él pueden contenerse, constitucional y legítimamente, normas jurídicas de valor administrativo. Y como fuente de Derecho administrativo, el Real decreto, constitucional y legalmente dictado —por la competencia del magistrado o funcionario que lo dicte, por la materia dentro de esa competen-

(1) *Curso de Derecho Administrativo* (1914), pág. 61. Puede verse el art. 246 del Reglamento citado de 9 de julio de 1917: «Las órdenes, dice el art. 246, expedidas para ejecutar un «acuerdo» o una «resolución» dictados por el Ministro, con o sin acuerdo del Consejo de Ministros, cuando no hayan de dar origen a un proyecto de ley, revestirán la forma de Real decreto o de Real orden, *según la importancia y gravedad del asunto*, y lo que dispongan las disposiciones vigentes».

(2) Cons. Jèze, *Les principes généraux du Droit Administratif* (1914), pág. 22.

cia y por los requisitos de forma—, tiene su lugar propio en el orden de prelación de las fuentes, lugar que resulta de esta doble consideración: *a*) el Real decreto no puede oponerse a la Constitución, ni derogar una ley; *b*) un Real decreto no debe ser derogado ni modificado por una Real orden u otra disposición de *inferior* categoría formal. Esta gradación de la prelación—Constitución, Ley, Real decreto, Real orden, etcétera—, es quizá una de las exigencias—garantías—de un buen régimen constitucional o jurídico, de un *Rechtstaat* (1).

6. Es la Real orden también una de las formas bajo que se exterioriza, manifiesta y se hace efectiva la acción del ejecutivo—la acción de gobierno y de la administración del Estado — mediante sus órganos centrales supremos—los Ministros—. «Es, dice Santamaría, la forma de la *potestad de mando* que ejerce cada Ministro en su departamento» (2).

Aparte el contenido propio de la Real orden, a diferencia del reservado o reservable para el Real decreto, caracterízase o distínguese aquélla en razón de la forma según la cual se redacta y expide (3), forma

---

(1) V. el § 2 del cap. II de la Introducción. En el art. 246 del Reglamento citado de 9 de julio de 1917 (párrafos segundo y tercero), se dice lo siguiente: «Ningún proveído que anule o modifique lo preceptuado en un Real decreto vigente puede ser ejecutado por una Real orden. Tampoco ningún proveído del Ministerio de Gracia y Justicia puede dar origen a ningún Real decreto ni a ninguna Real orden que anule o modifique los dictados por la Presidencia del Consejo de Ministros o por otros Ministerios.»

(2) *Curso de Derecho administrativo* (1914), pág. 61.

(3) Según el art. 249 del reglamento sobre organización y procedimiento administrativo de la Subsecretaría del Mi-

que conviene considerar para fijar la significación «política» que puede entrañar dicha forma.

---

nisterio de Gracia y Justicia de 9 de julio de 1917, «Las Reales órdenes se expedirán conforme a una minuta rubricada por el Ministro, expresándose en ellas el contenido exacto del acuerdo o resolución que se ejecuta, y los demás requisitos legales y reglamentarios. Su parte dispositiva se encabezará con las palabras: «S. M. el Rey (q. D. g.), por resolución (o por acuerdo o por decreto) de tal fecha, se ha dignado disponer lo siguiente:», y se terminará con las de: «De Real orden lo digo a... para su conocimiento (satisfacción, cuando proceda) y efectos oportunos. Dios guarde a... muchos años»; añadiéndose la fecha de la Real orden, que será autorizada con media firma y rúbrica por el Ministro. Además de esta forma de expedición de la Real orden, empléase en la Administración otra menos solemne en el trámite burocrático, que es la de la Real orden comunicada, y a la cual se refiere el art. 252 del reglamento citado en estos términos: «Las órdenes expedidas para ejecutar un «acuerdo», o una «resolución», dictados por el Subsecretario, revestirán también la forma de una Real orden y se expedirán conforme a una minuta rubricada por el mismo, expresándose en ella el contenido exacto del proveído que se ejecuta y los demás requisitos legales y reglamentarios. Pero su parte dispositiva se encabezará con las palabras: «El señor Ministro de Gracia y Justicia me dice de Real orden, con fecha tal, lo que sigue: Ilmo. Sr.: S. M. el Rey (q. D. g.), por resolución (o por acuerdo, o por decreto) de tal fecha, se ha dignado disponer lo siguiente:», y se terminará con las de: «De Real orden comunicada por el expresado Sr. Ministro, lo digo a... para su conocimiento (satisfacción, cuando proceda) y efectos oportunos. Dios guarde a... muchos años», añadiéndose la fecha de la Real orden comunicada, que será autorizada con media firma y rúbrica y con la antefirma «El Subsecretario».

En la Real orden no habla el Rey, aun cuando se contengan en ella «mandatos» o «disposiciones reales»; habla el Ministro—el que actúe—a nombre del Rey: «S. M. el Rey—se dice—(q. D. g.) ha tenido a bien disponer», o «se ha servido disponer», o «se ha servido acordar», y al final, después de la parte dispositiva, que puede haberse razonado, el Ministro añade: «De Real orden lo digo a V. S... para su conocimiento y efectos consiguientes», «para su debido conocimiento». Si se trata de Real orden dictada previo informe de un Consejo o Junta, se dice: «S. M. el Rey (q. D. g.), de conformidad con lo informado por..., o bien, oído el..., se ha servido disponer... (1). Es decir, que, en todo caso, el Ministro habla a nombre del Rey, lo cual quiere decir sustancialmente que actúa bajo el supuesto de su plena y constante confianza en asuntos en que, por su carácter, entidad o trascendencia, la ley o los usos no han reservado, o no exigen el Real decreto, es decir, no exigen como éste la resolución expresa y concreta del Ministro con el Rey, a fin de que éste, enterado, lo autorice con su firma. El Real decreto parece implicar una ratificación

(1) Según el art. 250 del Reglamento citado de 9 de julio de 1917, «En los Reales decretos y Reales órdenes dictados en los asuntos en que ha informado el Consejo de Estado, se emplearán las fórmulas: «De acuerdo con lo informado por el Consejo de Estado en pleno», o «De acuerdo con lo informado por la Comisión permanente del Consejo de Estado», o «Con el parecer de la mayoría o minoría, de uno u otro organismo». Cuando el Real decreto o la Real orden que se expidiera no estuviese conforme con el parecer de dicho Alto Cuerpo, se usarán las fórmulas: «Oído el Consejo de Estado en pleno», u «Oída la Comisión permanente del Consejo de Estado».

de la confianza del Rey en cada caso. No deja de tener razón el Sr. Santamaría al decir que «tal vez fuera más convenientes llamarlas — a las *Reales* órdenes —*ministeriales*, para expresar mejor su naturaleza y diferenciarlas *de los Reales decretos* (1). En las Reales órdenes se trata, por lo general — *debe* tratarse, aunque no siempre ocurra así — de resolver asuntos de menor importancia y solemnidad que en los Reales decretos, «ya dictando reglas para un servicio, ya dando instrucciones a los subordinados, ya decidiendo una reclamación de parte, ya verificando los nombramientos que el Rey no se reserva, etc. (2).

---

(1) Ob. cit, pág. 61.
(2) Santamaria, ob. cit., pág. 61.

II

LA POTESTAD DISCRECIONAL

1. Considérase como *potestad discrecional* aquella facultad atribuída a la Administración, concebida y definida como *poder* y *función* del Estado, y en virtud de la cual aquélla procede y actúa según su libre apreciación de las circunstancias y condiciones en que ha de moverse. Opónese el concepto de lo *discrecional*, en el régimen del Estado, moderno, constitucional, al de lo *reglado*, y así se habla de una *potestad discrecional* y de una *potestad reglada* de la Administración, definiendo esta última como aquella manifestación de la actividad ejecutivo-administrativa sometida a normas previamente formuladas: la Administración, en este caso, hállase «encerrada—decía ya Foucart—en los límites estrictos de la aplicación de una ley, de una ordenanza o de un contrato» (1). E. Laferriere, «el más eminente teórico del recurso por exceso de poder», dice Michoud (2), considera los actos

---

(1) *Éléments de Droit public et administratif:* «La Administración—dice—obra de dos maneras: ora se halla revestida de un poder discrecional, ora se encuentra encerrada en los límites estrechos de la aplicación de una ley, de una ordenanza o de un contrato.» (3.ª edic., 1843, t. I, pág. 174.)

(2) *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration* (1913), pág. 7.

discrecionales—que llama actos de pura administración—«aquellos actos que la Administración realiza, según su libre apreciación, con el objeto de atender a los intereses generales o particulares, y no con el de satisfacer derechos o cumplir la ley. «Tales son: los reglamentos administrativos dictados en vista de un interés general; las medidas de policía, especialmente las que interesan a la salubridad y a la seguridad pública; los actos de tutela administrativa; los nombramientos y cesantías de funcionarios, cuando no hay ley que fije su estado y sus derechos al ascenso; las medidas disciplinarias; las suspensiones o disoluciones de cuerpos administrativos; la negativa o revocación de autorizaciones o de concesiones revocables, y un gran número de actos, en los cuales domina igualmente la libre apreciación del administrador» (1).

2. La distinción entre lo *discrecional* y lo *reglado* inspira, y puede decirse que domina, la tradición francesa del Derecho administrativo, hasta el punto de que quizá deba estimarse la labor interpretativa y constructiva de la Jurisprudencia y de la doctrina en la formación de los respectivos conceptos y en la determinación de sus consecuencias jurídicas, como lo que caracteriza el proceso de formación de dicho Derecho administrativo, y aun de todo Derecho administrativo de contextura análoga (2). En el español con-

---

(1) V. Michoud, ob. cit., pág. 7.

(2) V. Otto Mayer, *Droit adm. allemand* (trad. francesa), tomo I; R. V. Laun, *Das freie Ermessen und seine Greuzen* (1910); Tezner, *Freies Ermessen der Verwaltungsbhörden;* Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Recht* (1892); Ussing, *Le Contientieux-Administratif* (1902).

sidérase, como luego veremos, la distinción apuntada, no ya como una expresión *doctrinal* adecuada para explicar la naturaleza de alguna de las manifestaciones del «Poder administrativo» (1), sino además como una imposición de la ley, en cuanto ésta recoge la distinción entre *facultades regladas* de la Administración y *potestad discrecional* de la misma; distinción, por lo demás, que entraña importantes consecuencias en relación con la defensa jurisdiccional de los derechos y de los intereses de las personas que reclaman una protección jurídica (2).

«El poder discrecional de la Administración—dice Michoud refiriéndose a Francia—jamás ha sido objeto de un estudio profundo en nuestra literatura jurídica. Nuestros más antiguos autores han establecido muy netamente una oposición entre las materias contenciosas—en las cuales las decisiones tomadas por la Administración podían ser sometidas a la intervención de los Tribunales administrativos—y las materias no contenciosas o discrecionales—en las cuales las decisiones tomadas no pueden dar lugar más que a un recurso gracioso o a un recurso jerárquico (3)—. En el *Répertoire* de Dalloz se formula una doctrina explicativa—jurídica—de la oposición indicada (4): «En general, puede decirse—se lee en el citado *Répertoire*—que la vía graciosa es la única que procede para im-

---

(1) Véase especialmente Santamaría, *Curso de Derecho administrativo* (edic. 1914), páginas 61 y 62.

(2) V. Ley de lo Contencioso-administrativo de 22 de junio de 1894, art. 1.°, núm. 2.°, y art. 4.°, núm. 1.°

(3) Michoud, ob. cit., pág. 5.

(4) Cita de Michoud, ob. cit., pág. 6, nota.

pugnar los actos emanados del *poder discrecional* de la Administración, y que lesionan, no los *derechos*, sino los *intereses* de los reclamantes, mientras que ha lugar a proceder por la vía contenciosa siempre que se trate de hacer valer una reclamación basada en un verdadero *derecho...*, o bien cuando, en una materia cualquiera, se autorice por un texto expreso el recurso contencioso.»

3. Prescindiendo de las consecuencias jurídicas en su determinación histórica, y que, naturalmente, pueden cambiar en relación con el criterio dominante, en un determinado derecho positivo, lo esencial parece ser el reconocimiento en la Administración del Estado, o sea *en el Estado*, en su *función* administrativa, de una facultad o potestad libre, merced a la cual el funcionario que la ejerce obra, *hasta cierto punto*, según su prudente arbitrio; o, como dice Michoud: «hay poder discrecional siempre que una autoridad obre libremente, sin que su conducta le sea dictada de antemano por una regla de derecho (1).

Esto supuesto, conviene advertir que ese modo *discrecional* de obrar no es privativo, en el Estado, de la Administración, como *función* del Ejecutivo; «se encuentra—dice Michoud—más o menos desenvuelto en todas las funciones del Estado. Existe, en el más alto grado, en la función legislativa, para la cual las Cámaras, por lo general, no están ligadas por ninguna norma imperativa anterior. Existe, a título excepcional sólo, en la función judicial. Existe, por fin, a título de hecho normal y habitual, en la función gubernamental y administrativa, es decir, en aquella

(1) Ob. cit., pág. 10.

que se ha confiado principalmente al poder llamado ejecutivo» (1).

4. El legislativo tiene, sin duda, como característica la nota de discrecional en sus funciones; pero aun el *acto legislativo* propiamente dicho—o acto libre generador de normas jurídicas—puede encontrarse «reglado» o limitado en virtud de la *Constitución*, cuando, verbigracia, ésta fija la competencia del legislativo, como ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos (2). Sólo en los Estados como Inglaterra, donde el Parlamento se estima órgano supremo de la soberanía, puede considerarse al legislativo con poder netamente «discrecional»: allí, el Parlamento, según la conocida fórmula, puede hacerlo todo, menos de un hombre una mujer y de una mujer un hombre. En buena doctrina, el concepto de lo discrecional sería preciso reservarlo para el *acto de soberanía pura*, en tanto que o hasta tanto que el propio Soberano no *se limite a sí mismo*, formulando *sus* normas de acción, a las que se someten inmediatamente sus propios representantes. En el Estado constitucional, lo discrecional absoluto tiene quizá un momento sólo: el de la interna determinación del Estado, en virtud de *su* autonomía: el mismo *ejercicio* del poder soberano ya se acomodará a normas, como se acomoda formalmente a normas el legislativo para legislar—normas constitucionales y reglamentos de las Cámaras.

---

(1) Obra cit., pág. 10.

(2) Donde, además, existe hasta un recurso jurídico de garantía, limitativo de la «discrecionalidad» del acto legislativo, y el recurso de inconstitucionalidad de la ley (véase Lambert, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, 1921).

5. Por otra parte, dentro del criterio generador del régimen constitucional moderno, no es admisible lo discrecional, no ya como expresión de potestad *sin* normas jurídicas, sino ni como acto *sin* consecuencias para la Administración, en el supuesto de que éstas hayan de soportarlas los administrados callada y silenciosamente, por venir más o menos directamente de la soberanía, y estimarse las normas expresión de la voluntad irresistible de la autoridad—soberana—. Ya decía Vivien que «es preciso guardarse de confundir el poder discrecional, de que goza la Administración, con el arbitrario. El primero—añade—está sometido a condiciones y a reglas. Cuando la ley, que no puede preverlo todo, ni arreglarlo todo, delega su derecho a un apreciador más flexible, más próximo a los ciudadanos, mejor situado para apreciar todos los elementos de solución, cree que sólo escuchará la justicia y la utilidad pública, y lejos de permitir que estas dos bases de un buen gobierno se quebranten, para sostenerlas es para lo que se deja sustituír por la Administración» (1). Comentando las ideas de Vivien, Michoud recuerda que el acto discrecional entraña, al fin, consecuencias que borran de él toda significación arbitraria. En efecto: la violación del deber, que la Administración tiene, de ser justa y de atender al interés o a la utilidad pública, «será siempre sancionada, al menos, en el interior de la Administración misma, por la vía disciplinaria: responsabilidad del funcionario frente a sus jefes...» (2). Y luego, añade Michoud, «... el poder discrecional existe, aunque

(1) *Estudios administrativos* (edic. esp., 1854), I. página 272.

(2) Obra cit., pág. 18.

en grado diferente, en *todos* los actos de la Administración, y en *todos* está sometido a ciertas restricciones. Puede, pues, afirmarse, con M. Hauriou, que «no hay acto discrecional: hay un cierto poder discrecional que se advierte en todos los actos, y que consiste en apreciar la oportunidad de las medidas administrativas» (1).

6. A nuestro juicio, como ya antes indicábamos, el concepto político y jurídico de la facultad o potestad discrecional de la Administración—no del Estado, en general—, tiene un valor histórico, que sólo puede interpretarse y definirse considerándolo en el proceso del régimen constitucional de un Derecho administrativo (2): por lo que es aquél un concepto que varía de Estado a Estado. De una manera estricta, la potestad discrecional de la Administración se determina especialmente en el proceso del constitucionalismo francés, y, bajo su acción e influjo, en el español. En ambos países, el hecho y el concepto de lo «discrecional» del Ejecutivo, con todo el cortejo de consecuencias jurídicas que supone su desarrollo, constituyen un lógico resultado de la trabajosa transformación del régimen *absolutista* en régimen *constitucional* mediante la aplicación de la teoría de la *división de los poderes*. Lo discrecional va al Ejecutivo como una sugestión o supervivencia del absolutismo del Poder monárquico, combinada aquélla con las exigencias reales de las necesidades del Gobierno, que, en efecto, ha de estar revestido de una amplia y eficaz potes-

---

(1) Micoud, obra cit., pág. 18.

(2) V. J. Renault, *Des actes discrétionnaires* (1899), especialmente capítulo I.

tad de obrar por *acción directa* (1), es decir, por sí, unilateralmente, como autoridad potente que ordena, manda y dispone (2). Pero frente a esta sugestión del absolutismo, o de las necesidades de Poder público —peso tradicional del concepto de la soberanía—, opónese el ideal generador del régimen constitucional, consistente en hacer efectivo un sistema eficaz de garantías contra todo Poder político arbitrario, o sea el ideal de un *Estado de derecho—Rechtstaat.*

7. Al principio, parecía suficiente, como suprema garantía, la división de Poderes, en el sentido de Montesquieu, y en esa creencia la han mantenido, verbigracia, Inglaterra y Estados Unidos; pero en los países de tradición monárquica absolutista y de agitación revolucionaria no bastaba la pura aplicación de la doctrina de la Constitución inglesa: oponíase a ello la sugestión antes indicada, con la concepción dominante de la soberanía, más el régimen de *desconfianzas* entre los Poderes, que, al fin, vino a imperar en la práctica del constitucionalismo doctrinario (3). De un

---

(1) «El Poder administrativo — decía Colmeiro—, ejerciendo actos de administración pura, emplea una *acción directa*, camina inmediatamente a su objeto, consulta la utilidad pública...» *Derecho administrativo español* (edic. de 1850), I, pág. 44. Acerca del procedimiento de *acción directa* de la Administración, véase Hauriou, *Précis de Droit Adm.* (edic. de 1914), especialmente páginas 23 y 379.

(2) «Emplear el procedimiento de acción directa, o, más sencillamente, realizar acción directa, es, de una manera general, realizar por sí sus propias intenciones sin permiso o autorización al Poder social, especialmente el juez.» Hauriou, obra cit., pág. 23.

(3) Cons. Azcárate, *El Selfgovernment y la Monarquía doctrinaria.*

modo general, puede decirse que la «potestad discrecional» ha llegado a ser—y aun es—una consecuencia de ese régimen o criterio de desconfianzas: el Poder ejecutivo—se pensaba—no *podía* ni *debía* verse sometido a la intervención del Poder judicial. Pero, de otra parte, ¿cómo hacer imperar el criterio jurídico en las relaciones entre la Administración, actuando como Poder, y los particulares? ¿Cómo garantir eficazmente los *derechos* y los *intereses* de los particulares frente a la acción discrecional del Poder ejecutivo-administrativo? He ahí el gran problema, que empieza a resolverse con las aplicaciones del recurso contencioso, el cual se concibe primero como una garantía de la independencia de la Administración frente a la intervención del Poder judicial, y al fin se convierte, mediante la admirable evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en un sistema firme y eficaz de garantías de los derechos e intereses de los administrados. La evolución que la solución del grave problema apuntado supone, puede verse claramente resumida en el estudio que hace M. Duguit del *Acto administrativo*, en su libro *Las transformaciones del Derecho público* (1): la sumisión del acto administrativo, considerado primero como «acto de Poder público y discrecional», a las exigencias del régimen de derecho, realízase paralelamente con la transformación del concepto de dicho acto, en el sentido de definirlo por su fin: «el servicio público», unas veces, mediante el reconocimiento de la intervención judicial en lo Contencioso-administrativo, y otras merced a la creación de una jurisdicción

(1) Trad. esp. Cons. Renault, ob. cit.; Baumgart, *Les garanties jurisdictionnelles du Droit public moderne* (1914).

administrativa de carácter expansivo, que acaba por recoger las más variadas manifestaciones de la actividad concreta de la Administración. «La función administrativa—dice Duguit—se nos presenta ahora como la gestión de los servicios conforme a la ley. El concepto del Poder público se elimina del dominio administrativo, como del legislativo. Esta gestión de los servicios públicos se realiza bajo la acción de los Tribunales administrativos, compuestos de magistrados administrativos que, conociendo las condiciones necesarias del funcionamiento de los servicios públicos, presentan todas las garantías... De este modo, toda la Administración se halla sometida al Derecho y bajo una acción jurisdiccional. En este sentido, sobre todo, es en el que, según la expresión alemana, el Estado moderno se convierte en un Estado de derecho: en un *Rechtstaat*» (1). Es decir, que, aunque la Administración obre según el prudente y discrecional sentir de sus representantes o agentes—con vista siempre al servicio público—, su obra ha de acomodarse a las exigencias jurídicas, estando incluso jurisdiccionalmente garantido el derecho y el interés de los administrados, y así, en tal sentido, ha podido afirmar Duguit que «no hay, no puede haber, actos discrecionales o de pura administración» (2).

---

(1) Duguit, ob. cit., pág. 273.

(2) La evolución del Derecho francés mediante la jurisprudencia puede verse en Duguit, ob. cit., cap. VI, *Lo Contencioso-administrativo;* especialmente véase la formación jurisprudencial del recurso por exceso de poder y el interesante concepto de la *desviación de poder.*—Cons. Michoud, obra citada, especialmente párrafo 6.°; Baumgart, obra citada, especialmente capítulos II y III.

La evolución—escribe también Duguit—se ha realizado particularmente en Francia; pero, añade, no es especial de nuestro país: se produce en el mismo sentido en el extranjero, especialmente en Alemania y Austria. En Alemania ha sido puesta de relieve muy claramente por el profesor Otto Mayer (1). La consideración de este proceso es la que, sin duda, inspira al Sr. Gascón estas indicaciones: «En su relación con el Derecho preexistente—escribe—, puede la Administración ver su facultad de mando regulada previamente, señalando el modo en que debe obrar concretamente o quedando a la discreción de los órganos revestidos de la potestad el sentido en que han de decidirse y obrar. Amplío cuanto afectaba al orden de aquello que se estimaba como función de gobierno, como meramente circunstancial, en que no era dable señalar reglas fijas a la acción de las autoridades administrativas, clásica, la distinción entre potestad *discrecional* y *reglada*, que sirve de base a la definición de lo que puede ser materia de lo Contencioso-administrativo, no es entendida tal distinción hoy por todos de igual manera, reduciendo sus límites en vista de la necesidad de someter la Administración al régimen del Derecho, llegando allí donde no es posible regular previamente las facultades de la Ad-

(1) V. Mayer, *Le Droit Adm. allem.*, edic. francesa 1903, capítulo I, páginas 210 y 247. Respecto de Inglaterra, consúltese Hauriou, ob. cit., 7.ª edic., pág. 935, nota 1; Dicey, *Intr. à l'étude du Droit const.* Edic. francesa 1902, página 464. Respecto de los Estados Unidos, véase Goodnow, *Les Principes du Droit adm. d. E. U.*, edic. francesa, 1907, página 487.—V. Duguit, ob. cit., páginas 274 a 279; Ranelletti, *Diritto Amm.*, I, pág. 365.

ministración a prescribir formas obligatorias que, ya que no regulen el sentido en que forzosamente ha de obrarse, al menos sirvan para garantía de los intereses legítimos» (1).

En suma, parece propenderse a reconocer la necesidad de una función discrecional en la Administración, exigida por el servicio público (2): lo difícil es formular el criterio generador y diferencial de semejante función, criterio inspirador de la ley (3); pero sea cual fuere el criterio aceptado, propéndese a someter el ejercicio de lo discrecional a un régimen jurídico que entrañe garantías eficaces defensivas del *derecho* y de los *intereses* de los administrados.

8. En *España*, como antes indicábamos, la doctrina general y legal supone: 1.°, el reconocimiento de una *potestad de mando*—de verdadera autoridad—en la Administración, o sea, como dice el Sr. Santamaría, «la facultad que tiene la Administración de dar órdenes y de obligar a su cumplimiento» (4); 2.°, la diferenciación de la potestad de dos manifestaciones, a saber: «la *discrecional* y la *reglada*», «según que, al dictar sus disposiciones, la Administración pública pueda obrar libremente o haya de sujetarse a límites o requisitos previamente determinados por una ley,

(1) Gascón y Marín, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, I, pág. 254.

(2) Más como exigencia del servicio público que como condición del ejercicio de un poder de autoridad o de la soberanía.

(3) V. Michoud, obra citada, especialmente párrafos 3.° y 4.°

(4) Obra cit., pág. 60. En la primera edición de este TRATADO (páginas 261-262) consideramos la «potestad de mando» (autoridad) como la manifestación de la actividad del

un suplemento o un contrato» (1). «Esta distinción —añade el Sr. Santamaría—, hasta con sus propios nombres, ha pasado del terreno científico al práctico, entrando en el tecnicismo de la ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888» (2), reformada por la de 22 de junio de 1894. En efecto, según el art. 1.° de dicha ley, «el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración o por los particulares contra las resoluciones administrativas que reúnan las circunstancias siguientes: ... 2.ª, que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades *regladas*...», entendiéndose que «la Administración obra en el ejercicio de sus facultades regladas, cuando deba acomodar sus actos a disposiciones de una ley, de un reglamento o de otro precepto administrativo» (3). Además, en el art. 4.° se dispone que «no corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo: 1.°, las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre que ver-

---

Poder ejecutivo puesta al servicio de la Administración. «Del auxilio—decíamos—que el ejecutivo preste a la Administración, y de la facultad que ésta posee para obrar, nace la potestad de *mando* (autoridad), reflejo necesario del carácter soberano del Estado. Esta potestad es, en la Administración como en el ejecutivo, conforme a las normas jurídicas del Estado; pero entraña, por lo general, un carácter circunstancial, acomodaticio, que implica una manifestación de la prudencia o arte de gobernar.» Y he ahí la base del elemento *discrecional* del Poder político y administrativo.

(1) Santamaría, id., pág. 62.

(2) Santamaría, obra cit., pág. 62, nota.

(3) Art. 1.° de la ley citada.

sen, se refieran a la *potestad discrecional*». El reglamento de 22 junio de 1894, en su art. 4.°, detalla la materia discrecional, en estos términos: «Corresponde *señaladamente* a la *potestad discrecional:* 1.°, las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen, pertenezcan al *orden político o de gobierno,* o afecten a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado, y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones; 2.°, las resoluciones denegatorias de concesiones de toda especie que se soliciten de la Administración, salvo lo dispuesto en contrario por leyes especiales; 3.°, las que niegan o regulan las gratificaciones o emolumentos, no prefijados por una ley o reglamento, a los funcionarios que prestan servicios especiales.»

9. De todo lo cual resulta, en efecto, que los conceptos de lo *discrecional* y de lo *reglado* como formas o modos de actuar la Administración en su potestad de mando—¡como autoridad!—tienen en la legislación española una consagración expresa y de valor, especialmente, para delimitar la materia contencioso-administrativa; pero lo que no parecen demasiado afortunadas son las definiciones legales de las facultades regladas, y menos aun la de la potestad discrecional. De un lado, queda ya dicho que la actividad discrecional más extremada, implica normas y ha de suponer sumisión a un régimen jurídico de garantías; de otro lado, la determinación legal de lo discrecional está hecho de modo harto empírico, y además vago en demasía—«cuestiones de orden político o de

gobierno» (?)—, y así resulta que la definición de lo discrecional no se opone en modo alguno a lo reglado, es otra cosa, pero que no resulta de una adecuada diferenciación de la acción de mando de la Administración. El legislador no ha sabido encontrar la característica de lo *discrecional,* mejor dicho, no ha sabido definir, según caracteres propios comunes, los actos administrativos que, por oposición a los reglados, debe declarar discrecionales; todo lo que hace es *sustraer* al recurso contencioso ciertas materias o cuestiones, diciendo que «corresponden *señaladamente* a la potestad discrecional». Sin duda, influye en todo esto el concepto legal estrecho y mezquino de lo contencioso, tan necesitado de revisión y de reforma (1).

---

(1) Ya en las Cortes se pueden señalar interesantes intentos para mejorar las defensas jurisdiccionales frente a la Administración. Véase la proposición de ley del Sr. Goicoechea estableciendo contra las resoluciones administrativas un recurso contencioso de nulidad por abuso de poder (27 de mayo de 1913), y véase también la proposición de ley del Sr. Gascón y Marín estableciendo reglas para la interposición de los recursos gubernativos y de nulidad (12 de febrero de 1917). Ambas proposiciones fueron presentadas en el Congreso de los Diputados.

III

EL SERVICIO PÚBLICO

§ 1. *La noción del servicio público.*

1. El adecuado desarrollo del Derecho administrativo exige la determinación ordenada de los servicios, en que se especifica y concreta la actividad administrativa del Estado. Respondiendo a esta exigencia, en la primera edición del TRATADO dedicábamos la segunda parte del mismo a exponer lo que entonces llamábamos *Sistema social y jurídico de los servicios administrativos*. Sosteníamos entonces—como ahora—que la función administrativa se resuelve concretamente en *servicios*, que la Administración es un *sistema de servicios:* de *servicios públicos*, se dice hoy. Y no hay inconveniente en aceptar la expresión, que es además muy sugestiva. Pero si ahora hubiéramos de desarrollar detalladamente el *sistema de los servicios administrativos públicos*, tendríamos que detenernos previamente, mucho más de lo que en la primera edición lo hicimos, en determinar la *noción del servicio público*, considerado éste unitariamente, y teniendo en cuenta que tal noción puede estimarse como uno de los de más intensos influjos entre cuantos actúan en el proceso de las transformaciones del Derecho llamado *público* (1), en sus

(1) Cons. Duguit: *Las transformaciones generales del Derecho público.* (Trad. esp.)

dos *ramificaciones* sustantivas: como *Derecho político* y como *Derecho administrativo*.

Por algunos tratadistas y escritores estímase la *noción del servicio público* de tan capital importancia en la vida real y efectiva del Estado, que llega a conceptuarse, verbigracia, por M. Duguit como la noción esencial del Derecho público, o, si se quiere, como la noción que de modo más eficaz viene contribuyendo al cambio profundo que, a todas luces, experimenta aquél en la vida de los Estados constitucionales. «La noción del servicio público, escribe el profesor de Burdeos, sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público. Seguramente, añade, esta noción no es nueva. El día mismo en que, bajo la acción de causas muy diversas, se produjo la distinción entre gobernante y gobernados, la noción del servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados, y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción del servicio público. Lo nuevo es el lugar preferente que la noción ocupa en el campo del Derecho y la transformación profunda que, por tal camino, se produce en el Derecho moderno» (1).

2. Pero *¿qué es el servicio público?*

Como M. Duguit dice, no se trata, en manera alguna, de una noción nueva, ya que no es tampoco nuevo el fenómeno social y político que en ella se recoge, ni lo es la *idea* a que responde. De modo general, el *servicio público*, en el sentido actual, tan inten-

(1) Duguit: *Transf.*, cit., págs. 93-94.

samente diferenciado, expresa la noción de la actividad final del Estado; de modo más concreto, de las *funciones de gobierno* del Estado. En la tradición misma del Derecho administrativo, o de la Administración, como función sustantiva del Estado, el servicio público contiene la noción más definida, intensificada y dinámica y objetiva del *bien público*, como cosa distinta—interés—del interés *particular*, o como conjunto de *necesidades públicas*, y en cuanto la satisfacción de éstas se reputa función de la Administración del Estado o por él *fomentada*. «El objeto de la Administración, decía ya Colmeiro (1), son las necesidades materiales y morales de los pueblos.» «Cumple a la Administración, añade, no acudir a la satisfacción de otras necesidades que las *públicas*» (2).

La noción del *servicio público* incorpórase al Derecho administrativo desde el momento en que el concepto de éste se forma a partir de la noción de la Administración como una actividad del Estado, que, de modo general, se endereza a realizar los fines mismos de éste, mediante estas dos esenciales operaciones, a saber:

a) La *obtención del medio idóneo*, y su adecuada aplicación—función administrativa propiamente dicha, estricta, de *gestión ordenadora*, encaminada a *conservar y perfeccionar el instrumento*—el organismo, las instituciones—merced al cual el Estado cumple sus fines (3);

b) La *realización efectiva del fin* de la actividad del Estado.

---

(1) *Derecho administrativo español*, tomo I, núm. 24 y siguientes.

(2) Idem, núm. 15.

(3) V. la *Introducción*.

La idea que unifica y explica estas dos operaciones de la Administración del Estado es la de la «prestación de servicios». Por eso, independientemente de la labor de los tratadistas que, como M. Duguit, dan a la noción del servicio público una fuerza transformadora de tan capital eficacia en el derecho llamado *público*, considerábamos nosotros, hace tiempo, en nuestros ensayos de sistematización del Derecho administrativo, como más arriba recordamos, que «la función administrativa se resuelve concretamente en *servicios*, y que la Administración es un *sistema de servicios* caracterizados por el *fin* o los *fines* para que *se prestan y utilizan*. La Administración obra mediante sus órganos, sobre la naturaleza, para obtener lo necesario y aplicarlo—*servir*—, al efecto de que el Estado cumpla sus fines. Este punto de vista de los *servicios*, en relación con los *fines* del Estado, es—añadíamos—el que conceptuamos adecuado, tanto en el respecto técnico-administrativo como en el técnico-jurídico, para fijar la naturaleza de la acción de la función administrativa y para distribuír convenientemente sus materias» (1). La actividad administrativa—actividad del Estado, específica y diferenciada en funciones de gobierno—se concreta en esfuerzos, en movimientos—*actos*—, solicitados, por ser *necesarios*, para la realización de los fines *públicos—colectivos*—. Ahora bien: el contenido de los esfuerzos es siempre un *servicio*, que llamamos *público* por el carácter *público* de la exigencia o necesidad que lo suscita o solicita o lo impone (2), es decir, en cuanto esa necesidad *alcanza colectiva o socialmente*

(1) V. primera edic. de este TRATADO cit., I, pág. 203.

(2) V. primera edic. de este TRATADO, II, pág. 3 y siguientes.

una intensidad suficiente para mover la actividad del Estado en el sentido de su satisfacción, o sea para *provocar un servicio público*.

3. La idea expuesta es análoga a la desarrollada por M. Duguit, con la fundamental diferencia, sin embargo, de que, para nosotros, la noción del servicio público entronca directamente con la idea del servicio en general, en cuanto el *servicio* expresa el *contenido inmediato* de obligaciones jurídicas — las *prestaciones* (1)—, mientras que M. Duguit la refiere, como hemos visto, a la distinción entre gobernantes y gobernados, siendo el servicio público la *obligación* que a los gobernantes se impone en beneficio de los gobernados, y definiéndolo M. Duguit en estos términos: toda actividad—dice—, cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza, que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante» (2).

4. Mas, sea cual fuere el entronque *jurídico* y *ético*

---

(1) Por lo que se ha definido el Derecho como «el sistema de los *actos* o *prestaciones* con que libremente ha de contribuir cada ser racional, en cuanto de él depende, a que el destino de todos se efectúe en el mundo» (Giner y Calderón, *Principios de Derecho natural*, lec. 3.ª, núm. 2.º). Y el Estado ser racional, o colectividad de seres racionales — está, como todos los seres racionales—personas, individuos o Sociedades—, obligado a realizar *prestaciones*, a *servir* o *prestar servicios:* la noción sintética de esta obligación jurídica del Estado—solicitada por *sus* fines—coincide con la del *servicio público*.

(2) *Transformaciones*, cit., pág. 115.

de la noción del *servicio público*, tenga éste su fundamento—como creemos—en la idea del Derecho, y en cuanto el Estado es—con su personalidad real—*sujeto de prestaciones*, en relación con las necesidades *comunes públicas*, no de otro modo que el padre de familia lo es en su función de tal, respecto de la vida doméstica, con sus necesidades, o que los individuos lo somos en las relaciones de la vida que vivimos—*todos prestamos servicios*—, o bien radique el fundamento de la noción del servicio público en las exigencias—necesidades—de la interdependencia social, que *obliga* a los gobernantes a desarrollar esta o aquella actividad, so pena de provocar o consentir un desorden social, sea cual fuere, decimos, el fundamento del servicio público, lo cierto parece ser que éste: 1.°, se basa en la noción del *fin del Estado:* es o supone, en todo caso, la *actividad del Estado*, al *servicio* de los fines que justifican su existencia; 2.°, no se puede definir concretamente de un modo, por decirlo así, objetivo, determinado y definitivo, porque tal concreción depende de la noción dominante y propulsora del fin del Estado, de la misión que a éste se atribuya, o sea de las necesidades que se estime preciso someter a su acción eficaz, y, en su virtud, el *sistema* y el *régimen* de *los* servicios públicos, en otros términos, las materias objeto de ellos, y el criterio—*método*—para desempeñarlos—*prestarlos*—dependerán, en cada Estado y momento, de lo que la opinión pública, la conciencia colectiva, consideren como exigencias finales necesarias, y del modo como se entienda que las exigencias quedarán mejor satisfechas.

No es otra, en rigor, la opinión de M. Duguit: «Las actividades, dice, cuyo cumplimiento se considera como obligatorio para los gobernantes, constituyen el

objeto de los servicios públicos. ¿Cuáles son estas actividades? ¿Cuál es su extensión exactamente? Imposible dar a la cuestión una respuesta general... Hay ahí algo esencialmente variable, evolutivo, desde luego; es hasta difícil fijar el sentido general de la evolución. Todo lo que puede decirse es que, a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soportes a los servicios públicos aumenta, y, por lo mismo, aumenta el número de servicios públicos» (1).

«Si fuera necesario un criterio formal para reconocer las actividades que deben servir de soportes a la organización de un servicio público, diríamos que se encuentra en el desorden social producido por la suspensión, aunque sea durante muy corto tiempo, de esta actividad» (2). Verbigracia: la interrupción de comunicaciones ferroviarias por causa de una huelga; las dificultades del transporte por falta de material...; la escasez de sustancias alimenticias, por ejemplo, a causa de maniobras de los acaparadores.

---

(1) *Transf.*, cit., p. 110.
(2) Idem, p. 116.

§ 2. — *Los fundamentos del servicio público.*

1. A mi juicio, el análisis descubre dos momentos en la generación real y positiva del servicio público: uno, el de su determinación general como *materia de Estado*, determinación que dependerá siempre de la noción del fin de éste, o sea de la concepción reinante respecto del *contenido* propio de la *actividad* del Estado. Ahora bien: lo que sea, o deba ser, «el *contenido* de la *acción* del Estado, el *fin* es obra de la sociedad, y tiene su *cimiento*, a la vez que su *estimulante*, en la *cultura o civilización;* el fin del Estado es siempre, necesariamente, reflejo de la situación cultural de *su* pueblo, la que, además, se forma y produce merced a la reacción del poder del Estado; éste, en efecto, contribuye a producir la cultura, o sea el sentido general de la vida del pueblo, de las gentes, en relación con un ideal —*su* ideal—que se concreta en una síntesis de *exigencias* económicas, religiosas, estéticas, jurídicas, éticas, sociales» (1), exigencias que son las que, en definitiva, provocan o imponen el establecimiento de *los* servicios públicos.

2. El otro momento es el de la determinación específica o concreción real del *servicio público* — o de *los* diferentes servicios públicos —, cada uno a su hora; determinación que se traduce en una *intervención* de la actividad política—del Poder público, o fuer-

(1) Véase mi *Tratado de Derecho político* (2.ª edic.), t. I, volumen 2.º, pág. 60.

za colectiva—, diferenciada o *de gobierno*, para atender, con los métodos propios del Estado, a la satisfacción de la necesidad *pública* o de la comunidad como tal—de que se trate. El Estado, en efecto, pone su *poder* jurídico — la ley, la acción ejecutiva, la gestión administrativa, las garantías jurisdiccionales—*al servicio* de la necesidad sentida, ya sea *fomentando* la acción privada — individual o social —, ya *suscitando el medio adecuado* o *contribuyendo a procurarlo y a conservarlo*, merced a estímulos económicos, a privilegios de explotación, a exacciones de cargas, a la remoción de obstáculos, al apoyo de la ley, y, por fin, *realizando las oportunas operaciones* legislativas, económicas y de *gestión administrativa*, para procurar, conservar y perfeccionar el *medio idóneo* con que el Estado mismo, u otra institución, entidad, empresa, a su nombre, atienda a la satisfacción de la necesidad determinante del servicio exigido. Por eso definimos la *Administración* como la función del Estado encaminada «a procurar, conservar y perfeccionar el organismo — las diferentes instituciones—, mediante el que dicho Estado realiza sus fines» (1), es decir, *presta los servicios públicos* que concretamente forman el *contenido histórico*—real—de su actividad.

3. Procuraremos ahora determinar, de un modo más concreto aún, la noción, no ya *del servicio público*—basta para ello lo dicho—, sino de *los servicios públicos*, o mejor, de cada *servicio público*, considerado como materia de la función real y efectiva de un Estado. Nada más adecuado para esta operación que las siguientes indicaciones de M. Jèze:

---

(1) Véase la primera edición de este TRATADO, I, página 57. Cons. la *Introducción* de la edición presente.

«En todos los países civilizados—dice—, la Administración tiene por misión satisfacer las necesidades de interés general. Por lo demás, no satisface *todas* las necesidades de interés general: la alimentación, por ejemplo, no es, en el momento actual, de su competencia; la asistencia médica, las medicinas, etc., todo eso se ha dejado también, *por el momento*, a la actividad de los simples particulares.

»Por otra parte, hay necesidades de interés general que la Administración está encargada de satisfacer con *exclusión de los particulares:* justicia, policía, comunicaciones telegráficas, telefónicas, transporte de cartas, etc., etc.

»Otras, por fin, se satisfacen *concurrentemente* por la administración y por los particulares: por ejemplo, en Francia, la enseñanza, los teatros, los servicios de desinfección, la asistencia, las Cajas de ahorro, el transporte de paquetes postales, etc.

»Consideremos las necesidades de interés general a que la Administración, en *un momento dado*, atiende, sea por sí sola, sea concurrentemente con los particulares.»

4. Dos procedimientos se advierte que se emplean a este efecto:

1.° *El procedimiento del derecho privado*, aquel que aplican los simples particulares cuando atienden a la satisfacción de necesidades de interés general, y

2.° *El procedimiento del servicio público*» (1).

Es decir, que un *servicio público* puede definirse como aquella necesidad de carácter general que se satisface, y en cuanto se satisface, por un procedi-

(1) *Principes généraux du Droit Administratif* (1914), páginas 241-242.

miento *especial*, a saber: el procedimiento propio y característico de la actividad del Estado—el que llamamos *procedimiento administrativo*, de servicio público, que dice M. Jèze—; servicio público entraña, pues, estos momentos:

1.° Aquel en el cual la necesidad general, por la fuerza misma de su intensidad, o por la estimación social lograda, o por cualquier otro motivo—verbigracia, razones fiscales, generadoras de un monopolio de Estado, o maniobras de gobernantes—, determina o impone una acción de Estado, o una cooperación necesaria, que diría Wilson (1).

2.° Aquel en el cual *el Estado reacciona* mediante sus órganos de gobierno, y recoge y convierte en contenido de su actividad la necesidad general que habrá de ser objeto del servicio—momento que comprende el de la decisión soberana legislativa de modo general, a virtud de la que se *podrá* y se *deberá* organizar al servicio público.

3.° Aquel otro en el cual la *acción del Estado acude a satisfacer la necesidad general* — social —, bajo cualquiera de las formas según las que pueda *ejecutar sus prestaciones*, desde la simple subvención o ayuda económica hasta la plena y directa realización del servicio, por *órganos suyos* o por órganos sociales que lo representan, o que de él han recibido el encargo o la facultad—privilegio, a veces; verbigracia, en el caso de una concesión administrativa de servicio público—de realizar éste. Porque, como advierte M. Duguit, aunque decir que un servicio

---

(1) *El Estado*, trad. esp., II, pág. 468. «El fin del gobierno—dice—es facilitar los fines de la sociedad. La regla de su acción, la *cooperación necesaria*.»

deviene un servicio público es decir que este servicio será organizado por los gobernantes, que funcionará bajo su intervención y que deberán asegurar su funcionamiento no interrumpido, sin embargo, «eso no quiere decir necesariamente que los agentes encargados de la gestión del servicio, y las riquezas a él afectas, se coloquen bajo la dependencia inmediata y directa de los gobernantes. Al contrario, en muchos antiguos y nuevos servicios se tiende a establecer el sistema de descentralización..., bajo diversas formas... Baste señalar la descentralización regional, en la cual los funcionarios del servicio tienen enlaces locales más o menos estrechos, la descentralización patrimonial, que implica la afectación de un patrimonio autónomo a un servicio público determinado; la descentralización *funcionarista*, que supone el otorgamiento de una cierta función o dirección a los funcionarios técnicos del servicio, y, en fin, la concesión, sistema en el que la *explotación* (yo añadiría, *o diría*, la *prestación)* del servicio está confiada a un particular que obra bajo la inspección de los gobernantes» (1).

5. En todo caso, supuesta la conversión en *servicio público* de una necesidad general—colectiva—(merced al reconocimiento y declaración del carácter *público* de esta necesidad por el Estado—mediante autoridad competente), prodúcese la *obligación del servicio* por parte de los gobernantes órganos del Estado, a quienes corresponde la función de «procurar, conservar y perfeccionar el organismo—las diferentes instituciones—mediante el que el Estado realiza sus fines», o sea la función administrativa, función que, de modo general para *el* servicio público y de modo concreto para

(1) *Transf.* cit., páginas 121-122.

cada servicio público, se «traduce en el cuidado que exige la necesidad de procurar al Estado las *síntesis orgánicas*—instituciones, medios—de personas y de bienes que forman los *instrumentos vivos* del mismo» (1). Los servicios públicos, dice M. Jèze, suponen *individuos* y *cosas: individuos*, para prescribir o cumplir las medidas encaminadas a satisfacer las necesidades de interés general; *cosas*, mediante las cuales los individuos encargados de los servicios públicos proporcionarán las prestaciones que el público espere del servicio público» (2).

6. Considerado el *servicio público*, en su significación concreta y definida, como función del Estado, tiene estas acepciones: 1.ª Como materia de la actividad del Estado, es la expresión corriente y admitida en el Derecho público, especialmente en el administrativo, para señalar y definir los *fines* concretos jurídicos y sociales del Estado: con el servicio público se hace referencia a la gestión de los intereses colectivos por obra de una actividad administrativa del Estado; 2.ª Como la operación o las operaciones mediante las cuales la actividad administrativa *construye* el *medio idóneo*, el organismo del servicio, y *este mismo organismo:* v. gr., la Dirección de Correos o de Comunicaciones, el Ejército, los Tribunales, la Universidad —oficial—, el Instituto de Reformas Sociales, etc., todos estos organismos *prestan servicios públicos*, y se les considera como *servicios públicos (administrativos*, sería aquí más propio). Es, a nuestro juicio, muy aceptable la definición de M. Hauriou del servicio público, considerada en la segunda acepción a que nos esta-

---

(1) Véase primera edic. de este TRATADO, II, página 3.
(2) Ob. cit., pág. 2.

mos refiriendo: «El servicio público, dice el maestro de Toulouse, puede definirse: Un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para satisfacer una necesidad pública y por una organización pública» (1).

7. Es decir, en un servicio público se desarrolla una actividad *especial*, que puede muy bien ser de profesión u oficio, y exigir en el sujeto que la desempeñe una aptitud y una preparación dadas; de ahí nace la necesidad del *funcionario adscrito al servicio*—funcionario público—, el cual reviste un carácter administrativo en la medida en que hace de la función del servicio *su* profesión, y le convierte así en *empleado público*. Esta *actividad del servicio público* ha de hallarse, contante u oportunamente, en condiciones de prestar dicho servicio, mediante el desarrollo de su función propia, al *público* — es decir, a quien con derecho lo demande —, satisfaciendo, de ese modo, la necesidad general determinante y justificativa del servicio mismo. El hecho de que el organismo—organización, institución, centro, oficina, que preste el servicio—forme parte del Estado, le convierte en público, mejor quizá, en *dependencia administrativa del Estado*.

---

(1) *Précis de Droit Administratif* (1912), pág. 44.

§ 3. *La noción realista y jurídica del servicio público.*

1. En las anteriores consideraciones se ha procurado precisar la noción del servicio público desde un punto de vista que pudiera denominarse *político* (1). Conviene dar un paso más, a fin de colocarse en el punto de vista de la realidad del Estado—función, que es además el punto de vista del Derecho administrativo, en cuanto éste es el derecho de la actividad administrativa del Estado, y en cuanto ésta recoge, en *su labor constructiva* del medio idóneo, del instrumento vivo adecuado—según lo expuesto—, el conjunto o sistema de los servicios públicos.

2. Y la primera cuestión que se impone es la de saber cuándo en un Estado se ha de considerar que existe un servicio público, o sea cuándo una necesidad general—social—de la comunidad, como tal, es decir, que le afecta como un todo distinto, ha adquirido la categoría de servicio público. No se trata, pues, aquí ya de las indicaciones generales de justificación (política) a que antes nos hemos referido, sino de apreciar, en la vida corriente de un Estado, cuándo la satisfacción de una necesidad general se *ha de tratar* como de servicio público, y, por tanto, se ha de provocar la especial intervención del Estado en su función administrativa, con todas las consecuencias, *políticas, económicas, técnicas* y *jurídicas*, que supone el ejercicio de la *actividad administrativa* del Estado, y que están determina-

(1) V. Jèze, ob. cit., pág. 2.

das por el carácter *imperioso* e *inexcusable* con que se produce la *prestación del servicio público*. Adviértase, de pasada, que al caracterizar de *imperiosa* e *inexcusable* la prestación del servicio público, según el criterio político moderno, no se ha de estimar la acción de prestación como *arbitraria* ni como *despótica*, sino *jurídica* y de modo esencial, aunque el sentido *jurídico* se afirme prácticamente, en los diferentes Estados constitucionales, por procedimientos, garantías, recursos especiales, etc., que son, después de todo, los que constituyen la parte más interesante y *viva* del Derecho administrativo.

No debe olvidarse que el derecho administrativo, en cierta relación, puede incluso definirse *como el derecho aplicado a la actividad del Estado en la prestación imperiosa* e *inexcusable*, pero rodeada siempre de *precauciones* y *miramientos jurídicos*, del servicio público. Así, cuando M. Jèze, por ejemplo, afirma que «decir que hay servicio público es decir que, para satisfacer regular y continuamente cierta categoría de necesidades de interés general, hay un *régimen jurídico* especial, y que ese régimen puede ser *modificado en todo momento por las leyes y reglamentos* (1), aun cuando se reconoce el carácter *imperioso* e *inexcusable* de la prestación, en la posibilidad de modificar su régimen—*jurídico—à tout instant*, se rechaza toda hipótesis de actos *despóticos* y *arbitrarios* en el servicio, al hablar de un régimen *jurídico* (que, o no significa nada, o es régimen de garantías), y al suponer que la modificación se hará «por leyes y reglamentos», que son, de suyo, por esencia, «garantías jurídicas».

3. En la vida real de cada Estado, la existencia

(1) Ob. cit., pág. 242.

de un servicio público, o el tratamiento de una necesidad social con el criterio del servicio público, es función general de gobierno; en un sentido amplio, es *obra política* primordialmente. La representación del Estado constitucionalmente competente es quien, mediante ley o disposición de Poder público, de análoga fuerza obligatoria — el reglamento, el decreto del Ejecutivo, o la decisión de corporación pública, local, autorizada—, declara acerca de la existencia de un servicio público o actúa sin declaración expresa, y en todo caso provee a su prestación mediante las oportunas operaciones económicas; verbigracia, consignación en presupuesto del crédito suficiente, y de acción administrativa, *gestión del servicio*.

Según M. Jèze, la «cuestión de saber si, en un caso dado, se emplea, efectivamente, el procedimiento del servicio público», debe resolverse investigando «únicamente la intención *de los gobernantes* respecto de la actividad administrativa de que se trate. Sólo y exclusivamente son servicios públicos las necesidades de interés general que los gobernantes, en un país dado, en una época dada, han decidido satisfacer por el procedimiento del servicio público (1), o sea las necesidades comunes, generales, públicas, que, merced a decisión del Poder público, suscitan atención, cuidado, intervención activa, eficaz, de la función administrativa, ya para realizar la prestación oportuna directamente con organismos propios, verbigracia, los Tribunales, el Ejército, los Cuerpos de Correos y Telégrafos, los servicios de Obras públicas, etc., o bien mediante entidades particulares o empresas concesionarias, verbigracia, los ferrocarriles, o mediante institu-

(1) Ob. cit., pág. 247.

ciones o corporaciones con más o menos real autonomía, verbigracia, establecimientos de beneficencia, Instituto Nacional de Previsión, Universidades—con autonomía—o de otro modo.

4. Las indicaciones que caracterizan de manera específica la institución de ese servicio público, en su expresión más completa, las señala clara y adecuadamente M. Duguit, al afirmar que «hay servicio público cuando se ofrecen juntos los tres elementos siguientes: una misión considerada como obligatoria, en un momento dado, por el Estado; cierto número de agentes jerarquizados o disciplinados, instituídos para realizar esa misión, y, por fin, cierta cantidad de riqueza destinada a la realización de esta misión» (1).

5. De modo general — y, concretamente, en todo servicio sustantivamente organizado, con estructura propia—, el servicio público contiene los elementos siguientes:

a) El *objeto del servicio*, o sea el fin de sus prestaciones, el que fuere: *político*, verbigracia, el orden público, la defensa nacional; o bien *jurídico* estrictamente, verbigracia, las funciones judiciales del Estado: la administración de justicia; o bien *social*, verbigracia, la educación, la salud pública, la asistencia, la protección obrera o la transformación del régimen social del trabajo; o bien *económico*, verbigracia, el presupuesto, las Aduanas, etc.

b) La *gestión del servicio*, o sea su prestación concreta, obra de un elemento o factor *técnico* capaz o capacitado para prestarlo—*el personal*—: los funcionarios del servicio.

c) Los *medios económicos*, y, en general, los *medios*

(1) Cit. por Jèze, ob. cit., pág. 249, nota 3.

materiales, los bienes, las cosas necesarias para hacer eficaces las prestaciones que ha de realizarel personal del servicio. Sintéticamente considerados, los servicios públicos los constituyen las *organizaciones adecuadas de personal técnico capaz de aplicar, con la máxima eficacia y economía, al fin del servicio, los medios de que al efecto dispone, empleando los procedimientos administrativos del caso.*

§ 4. *El funcionamiento de los servicios públicos.*

1. En la práctica realización del servicio público, es decir, en el adecuado funcionamiento de los servicios públicos, se deben distinguir dos relaciones, a saber:

1.° La de la *prestación* del servicio, que se concreta en la satisfacción positiva y eficaz de la necesidad general objeto del servicio, función del Estado para *su fin*, por ejemplo, mantener el orden público, administrar justicia, transportar personas o mercancías, educar la juventud, defender la salud pública, asegurar los riesgos del obrero, etc., etc.; en esta relación de satisfacción de necesidades declaradas públicas se produce todo un sistema de *exigencias* y de *prestaciones*, generador de un verdadero orden jurídico-político-social, que generalmente se comprende como parte integrante del *Derecho administrativo*.

2.° La de la *constitución*, obtención, formación, conservación y perfeccionamiento del medio adecuado para *prestar el servicio público*, satisfacer la necesidad general declarada pública, verbigracia, *organizar* la policía o el Ejército y *sostenerlo* en condiciones de eficacia; *organizar* y *sostener* los Tribunales; *proyectar* y *realizar* una adecuada red ferroviaria y *organizar* y *mantener* un buen servicio de transportes—por carreterras, ferrocarriles, tranvías, aeroplanos, etc.—, *crear* o *mantener* Universidades y demás centros educativos, *organizar* un adecuado régimen sanitario y un régimen de seguros sociales, etc., etc.; en esta relación del *Estado consigo mismo*—como fin de su actividad—se produce lo que propiamente debe

llamarse el *sistema de los servicios administrativos*, generador de un verdadero orden *técnico* y *jurídico*, que constituye, a nuestro juicio, la materia propia y estricta del Derecho administrativo, en cuanto la formación y el funcionamiento del sistema encierra un conjunto de operaciones jurídicas, de métodos y procedimientos de gestión, que engendran situaciones numerosas, complejas, de carácter jurídico, y que exigen tratamientos jurídicos también.

2. La íntima compenetración que existe entre las dos relaciones indicadas—de *prestación* del servicio al público, y de *prestación* del medio por obra del esfuerzo administrativo—, así como la interdependencia que prácticamente existe entre las dos prestaciones, hace que, especialmente desde el punto de vista *jurídico*, no se las separe y se conceptúen ambas como contenido propio de una misma rama del Derecho: el *administrativo*.

3. El *funcionamiento del servicio público* plantea, por otra parte, los graves problemas del *modo* o de los *métodos* según los que el Estado debe atender, y atiende, a satisfacer las *necesidades generales convertidas en servicios públicos*, a los cuales se ha hecho referencia más arriba, y que comprenden desde la prestación del servicio *directamente* por agentes de la Administración del Estado, con su *organización burocrática*, hasta la prestación del servicio por un concesionario, a saber, un particular o empresa que ha obtenido del Estado el privilegio de la *prestación* con *explotación* económica del servicio público y según determinadas condiciones.

4. Pero el funcionamiento de los servicios públicos en el Estado contemporáneo ha suscitado intensos problemas, que afectan a la esencia misma de su vida jurídica y social, transformando, no sólo su estructu-

ra, sino hasta su misma significación. La extraordinaria y creciente extensión de la esfera de acción del Estado—de su finalidad—ha determinado la creación y estructuración de numerosos servicios públicos y la organización de una gran burocracia absorbente, provocando además el fenómeno enfermizo, peligroso, de la *congestión* del gobierno, especialmente en los *centros* propulsores del *Ejecutivo* y de la *Administración*. El remedio o, si se quiere, la *reacción*, a la vez espontánea y reflexiva, contra el fenómeno de la expansión absorbente y de la concentración intensiva—*congestiva*—de la acción del Estado, manifiéstase en los diversos movimientos de *desintegración* de las funciones administrativas, en consonancia con la diferenciación, cada vez más especializada, de los servicios públicos. La descentralización, ya sea de carácter local: regionalismo, provincialismo, localismo, renacimiento municipal, etc. (1), ya de los servicios mismos, *descentralización por servicios* (2), sintetiza, con un término de discutible exactitud, los movimientos a que se hace referencia, en los cuales no hay que ver sólo la reacción puramente mecánica contra los excesos del centralismo político, obra del imperialismo y del burocratismo estadista (del Estado autoritario), sino el renacer del sentido autonomista en las formaciones locales y en las formaciones sociales de carácter especial, que alcanzan su culminación, agresiva a veces, en el «sindicalismo». En efecto, el sentido o ideal

---

(1) Puede consultarse mi obra *El Régimen Municipal de la Ciudad Moderna* y la bibliografía que allí se registra. Cons. Ahsley, *Central and Local Government*.

(2) V. Duguit, ob. cit. V. Royo Villanova, Discurso universitario sobre *La Descentralización por servicios*.

de autonomía que palpita en el movimiento de desintegración y diferenciación, definido como *descentralización por servicios*, recibe un intenso y eficaz apoyo de parte del *sindicalismo* en dos relaciones capitales: 1.ª, como *sindicalismo de funcionarios*, que recoge y quiere incorporar al régimen administrativo del Estado el criterio *sindical*, incluso entregando a los empleados mismos, a los técnicos del servicio, la dirección, gestión y prestación de éste, con una organización autónoma (1), y 2.ª, como *sindicalismo* general, que aspira a constituír las organizaciones profesionales de los trabajadores, en sentido amplio, de los productores, como instituciones autónomas encargadas de dirigir, gestionar y prestar los grandes servicios colectivos —ramas de la producción—, transformando radicalmente la estructura económica e industrial capitalista en una federación de organizaciones especiales—con la consiguiente transformación del Estado (2)—; federalismo social y económico.

5. El sistema—extensión, diferenciación y clasificación de los servicios públicos—depende, en cada Estado y momento, del criterio reinante (y aplicado), en punto a los fines del Estado, en sus funciones de go-

---

(1) Max Leroy, *Syndicats et services publics* (1909), Busquet, *Les fonctionnaires et le lutte pour le Droit* (1920), Duguit, *La transf.*, cit., cap. II.

(2) V. Duguit, *La transformación del Estado* (trad. española de A. Posada). Cons. Lasky, *Authority in the Modern State* (1919). Cole, *World of Labor: Self-government in Industry* (1917). *Social Theory* (1920). Bertrand Russell, *Roads to Freedom, Socialism, Anarchism and Syndicalism* (1920). Scott, *Syndicalism and Philosophical Realism* (1919). P. Louis, *Le Syndicalisme européen*. Puede verse mi libro *Teoría social y jurídica del Estado Sindicalismo* (1922).

bierno y como órgano social de la voluntad colectiva. Refléjase el criterio reinante a que se alude, de modo necesario, en la estructura de la Administración, la cual será siempre según las exigencias de la constitución política, tomando este término en su significación más amplia. No cabe, pues, determinar ni definir el sistema de los servicios públicos, en su estructuración administrativa, según un criterio fijo y uniforme. Tomando la Administración del Estado como la actividad de éste en el desempeño—o prestación de los servicios públicos—, o bien desde el punto de vista estructural, como el conjunto de estos servicios, la Administración se ofrece:

1.° Con la *complejidad* interna de servicios que la Constitución del Estado exige, en relación con las necesidades que el Estado satisface. Todo fin atribuído al Estado determina la prestación de un servicio y suscita una función y la correspondiente organización más o menos estructurada.

2.° Con la misma *amplitud* de esfera que el Estado o, mejor, la comunidad política. Como hemos visto, el Estado, desde el punto de vista del fin, es, en definitiva, un orden de servicios adaptado a la configuración geográfica y social de la comunidad política. La actividad del Estado (con el contenido que le procura su finalidad) se produce realizando las necesarias prestaciones del modo y en la esfera que las exigencias finales del servicio imponen. Así, hay en los Estados modernos servicios generales, servicios locales y servicios especiales (1), porque «hay, dice M. Hauriou, servicios que interesan en el mismo grado a todos los habitantes del país y que deben confiarse necesaria-

(1) Hauriou, ob. cit., pág. 49, nota.

mente al Estado, si es que se quiere mantener la unidad política, verbigracia, la defensa militar, las relaciones internacionales, la legislación, la justicia, etcétera (1). Hay otros servicios que no interesan en igual grado sino a los habitantes de una región: se confían, bajo el nombre de servicios *locales,* a los departamentos, municipios, colonias... Hay, por fin, una tercera clase de servicios, muy diferentes de los anteriores, que no interesan igualmente a todos los habitantes de una misma circunscripción, sino sólo a una parte..., verbigracia, el servicio de la asistencia pública, pues no toda la población recibe asistencia: esos servicios denomínanse *especiales,* y se confían a establecimientos públicos» (2).

3.º En el grado de evolución en que el Estado se encuentre: La Administración atiende a la conservación del organismo político, o mejor, del organismo institucional, requerido por los servicios públicos en la forma que dicho organismo exija, y adaptándose a su condición histórica.

Resumiendo lo expuesto, y referido el conjunto de los servicios públicos a la noción de la actividad administrativa del Estado, diremos que el sistema de los servicios públicos será: 1.º, más o menos complejo y rico en manifestaciones específicas, en relación con la complejidad y riqueza de los fines del Estado; 2.º, más o menos *amplio* y con más o menos *gradaciones,* y más o menos *diferenciadas* éstas en sus manifestaciones específicas, en relación, la *amplitud,* con la de la *esfera*

---

(1) Hauriou, loc. cit. Discurre el profesor de Toulouse con el criterio netamente centralista del Derecho administrativo francés.

(2) Hauriou, ídem.

propia del Estado, las *gradaciones* con su *estructuración* geográfica y política (1) y la *diferenciación* con la *estructuración social* del Estado (2).

---

(1) El sistema de los servicios públicos no puede ser el mismo en un Estado de centralización congestiva que en un Estado federal.

(2) La diferenciación funcional de los servicios no es la misma en un Estado centralizado y autoritario—cesarista—que en un Estado de tendencia descentralizadora y respetuoso, mediante un adecuado régimen jurídico, con las manifestaciones funcionales de la vida social y generadora del sindicalismo en su más amplio sentido.

IV

LA NOCIÓN DE LA POLICÍA EN EL RÉGIMEN DEL ESTADO

1. Es la *Policía* término de capital importancia y valor en el régimen y en el Derecho administrativos de los modernos Estados constitucionales; pero, como dice Mayer, se trata de una noción que «tiene una historia llena de vicisitudes» (1). En efecto, añade el autor citado, «la palabra lleva el sello de su origen en la época del Renacimiento. Cuando pasaba a Alemania, la palabra significaba el *buen estado de la cosa común (guter Stand der Gemeinwesens)*. Así se aplicaba a las medidas con las cuales la autoridad puede alcanzar ese fin, *aparte* la justicia civil y penal y las demás instituciones de interés público ya existentes. Esa idea, en el origen, se había formado por entero en la *ciudad* y para la vida municipal de la ciudad» (2). Defínese la policía, en el *Diccionario de autoridades:* «La buena orden que se observa y guarda en las ciudades y repúblicas, cumpliendo las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno» (3).

---

(1) *Le Droit administratif allemand* (trad. fr., 1904), t. II, pág. 1.

(2) Mayer, ob. cit., II, pág. 2.

(3) Y añade, *Disciplina política, vel civilis.* Fuem. San Pío V, s. 77. En sus costumbres diferían poco de fieras, hasta que la religión y trato de los españoles les enseñó la *po-*

En el régimen político y administrativo constitucional de los Estados, la *policía* se refiere, sin duda, a una manifestación de su actividad y de ciertas entidades de carácter público—político—, verbigracia, los Municipios, o bien a una manera general de proceder el Estado y las entidades aludidas, y en uno y otro caso, se trata de la acción del Estado en relación con el orden o con el buen gobierno de la comunidad —nación, región, provincia, municipio—; y aun en la vida internacional, que hay en ella también su acción de policía. Considerada la policía como una manifestación de la actividad de un Estado, comprende, en rigor, toda la que el mismo desarrolla prácticamente para hacer efectivas y eficaces sus funciones ordenadoras y tutelares. «Por policía—dice Lotz—es imposible entender otra cosa que la actividad directa y propia del gobierno del Estado para la realización del fin del mismo en toda su extensión» (1); pero produciéndose tal actividad en forma *ordenada, armónica* y *eficaz*, por donde aquélla es de policía, en cuanto *suscita, mantiene, garantiza* o *restaura* el *buen orden* en la realización efectiva de los fines del Estado, realización que aquí se concreta en la creación y sostenimiento de un sistema de *servicios públicos*, y toda vez que el *buen orden* es una condición esencial para la adecuada prestación, por el Estado, de esos mismos

---

licía. Lop. Pereg., lib. 4. «Llegaron a Sevilla, Ciudad, en quanto mira el sol bellísima por su grandeza y magestad, trato y *policía.*»

(1) *Begriff der Pol. u. Umfang der Staatsgewalt*, pág. 7, cit. por Mayer. *Loc. cit.*, pág. 2, nota. «El correo, por ejemplo, añade Mayer, es también asunto de policía.» Moser, *Staatsrecht*, V, pág. 174.

servicios. Con lo cual, la noción de policía se refiere, más que al *fondo* o *contenido* de los servicios, a la *forma jurídica* de prestarlos.

2. Y, por esta razón, se ha considerado también la policía, según indicábamos, como una manera general de proceder el Estado en la realización de sus fines, manera, se ha dicho, característica del Estado mismo, ya que éste actúa, o puede actuar, *directamente* por sí, con la *coacción* como supuesto, o, como última determinación, para dar eficacia a sus propósitos y decisiones. En tal respecto, la policía se concibe como una actividad de poder, de autoridad—*poder de autoridad* (1). «La policía—se ha dicho—es la Administración con el *poder coactivo*, o bien, *el poder coactivo en la Administración*» (2). La policía, dice, en efecto, Lœning, «es la actividad del Poder público en la esfera de la Administración interior, en tanto que ejerce una coacción sobre las personas» (3). A esta concepción, más que estricta, estrecha, opone Mayer dos interesantes observaciones: 1.ª, que hay en la Administración mucha coacción que no tiene el carácter de acto de policía, y 2.ª, que no se puede prescindir del fin especial de ese poder, por lo cual es-

(1) Mayer, ob. cit., II, pág. 5.

(2) Idem, II, pág. 5. Cons. Stein, *Verwaltungslehre*, 1.

(3) *Verwaltungsrecht*, pág. 8: «La policía es el poder coactivo del Estado en el campo de la Administración interior.» Löning, *Polizia dei Costumi* (en el *Manual di Economia politica*, de Schönberg, vol. V, pág. 851). Cons. Seydel, *Polizia di Sicurezza*, trad. ital., pág. 3, quien define la policía «el poder coactivo con el cual el Estado tutela, contra los peligros que le amenazan, su propia vida y la de sus miembros».

tima que la noción de policía, en el Derecho actual, entraña la combinación de la *idea del fin*—el buen orden de la cosa pública—con las «*formas determinadas* que le sirven de *medios*». Según Mayer, se puede definir la policía «la actividad del Estado para defender, por los medios del poder de autoridad, el buen orden de la cosa pública contra las perturbaciones que puedan provocar las existencias individuales» (1).

3. Hay, sin duda, una estrecha relación entre las nociones de policía, de orden público—orden social general—y los medios de procurarlo, sostenerlo y restaurarlo; pero no se concreta la acción de policía a la efectividad del poder coactivo, aun cuando la acción jurídica y directa sea un medio de policía: implica más bien, la idea de la policía, una forma general de la actividad del Estado (y de los organismos análogos), en cuanto él atiende a la armónica realización de los servicios públicos; es la actividad administrativa por excelencia produciéndose como poder: «mediante ella, la Administración remueve los obstáculos, obtiene los medios, armoniza los intereses, regula las funciones, organiza los servicios. De ahí su carácter esencialmente *activo;* de ahí que ha de ser *continua*, de *acción incesante*, y, además, *flexible* y *acomodaticia*, pues si ha de atender a todas las exigencias de su función, debe *velar* constantemente, *observando* y *midiendo*, tanto el valor de las fuerzas del organismo social en que el Estado se nutre como las que, a manera de obstáculos, pueden oponerse a la realización de los servicios administrativos» (2).

---

(1) Meyer, ob. cit. II, páginas 5-7.

(2) De la primera edición de este TRATADO, II, páginas 23-24.

4. El concepto de policía amplio, que acaba de exponerse, tiene su base hasta en el tecnicismo del Derecho administrativo español positivo, pues aunque la palabra se emplee con una significación estricta, en relación con aquellas manifestaciones de la actividad administrativa relacionadas directamente con el *orden público*, para la *seguridad* del mismo—la llamada *policía de seguridad*, o bien *gubernativa*, en sus dos secciones de *Seguridad* y *Vigilancia*—, la palabra se emplea también en otras relaciones de carácter más concreto; y así se habla de una policía *judicial*, de la policía *de Espectáculos*, de *Aguas*, *Minera*, de *Ferrocarriles*, de las *Industrias*, de *Abastos* o de *Subsistencias*, de *Montes*, de *Aduanas*, etc., etc. A nuestro juicio, una sistematización de las manifestaciones de la actividad de policía debería orientarse en el sentido de la indicación de Stein, quien distingue una policía de *seguridad*, una policía *ejecutiva*—inquisitiva, de orden y coactiva—y una policía *administrativa* en estricto sentido (1).

5. Estima M. Hauriou que «el régimen del Estado, de una manera muy general, tiene por objeto hacer reinar el orden y la paz social por la aplicación del Derecho: en un sentido elevado, eso puede llamarse «la policía». Esta policía se obtiene, en primer lugar, por la reglamentación, es decir, por virtud de las prescripciones de las leyes y reglamentos que determinan lo que está prohibido y lo que está permitido... Pero no basta dictar prescripciones: es preciso asegurar su ejecución. Ahora bien, esto puede hacerse por el procedimiento jurisdiccional o por el administrati-

(1) Exposición de las ideas de Stein, en *La Scienza della Pub. Ammin. secondo Stein*, Bib. de Brunialti, pág. 52.

vo: aquél consiste en hacer aplicar por el juez sanciones..., lo dejaremos a un lado; el administrativo consiste, ya sea en coaccionar a los ciudadanos para que ejecuten las leyes mediante la *coercitio* directa, ya en facilitarles la ejecución de las leyes por la *organización de servicios* puesta a su alcance. La organización de un servicio público tiene así el mismo fin que la *coercitio* directa: son dos medios conexos de *asegurar la ejecución de las leyes*, y, por consiguiente, *dos medios de policía*» (1). Desarrollando M. Hauriou su concepción de la policía, con las diversas manifestaciones relacionadas con el *orden público*—en su acepción más amplia—, ante todo define la policía administrativa —distinta de la judicial— como aquella que tiene por objeto «mantener el orden público, previniendo las perturbaciones posibles por una sabia reglamentación y reprimiendo las perturbaciones que se produzcan con la *coacción*—empleo directo de la fuerza pública» (2)—. Definida la policía administrativa, Hauriou distingue: 1.° Las diversas policías administrativas generales: *a*) del Estado, seguridad general: medidas sanitarias en la frontera; *b*) municipal, y *c*) mixtas: rural y de salubridad pública, y 2.° Las policías especiales del Estado, verbigracia, de descanso dominical, de ríos no navegables ni flotables, de establecimientos peligrosos, insalubres e incómodos, de aguas minerales, etc., etc.

6. Considerada la policía como una acción general del Estado, como la actividad de este impulsora de los servicios públicos y mantenedora del orden general, ofrece, sin duda, aspectos o formas y se concreta en

(1) Hauriou: *Précis de Droit Adm.* (1914), pág. 514.
(2) Idem, pág. 517.

direcciones diversas y en esferas políticas. Así, desde el punto de vista de la forma de actuar, la policía es *preventiva* y *represiva*, especialmente en relación con la seguridad general: en la forma represiva, la *policía* se concreta en una manifestación *administrativa* y gubernativa, cuya base consiste en el supuesto del reconocimiento del poder coactivo como función de gobierno, y en otra manifestación *judicial*—policía judicial—. La policía administrativa—sentido amplio—se diversifica en relación con los diferentes servicios públicos en que la acción de policía tiene que manifestarse: el *orden público*—policía de seguridad, especialmente en relación con el ejercicio de los derechos de la personalidad; la propiedad—defensa y seguridad de la misma; policía de Minas, Aguas, Montes, Obras públicas, policía sanitaria, de las Comunicaciones: ferrocarriles, carreteras, etc.; policía de las industrias y del trabajo, de las costumbres, de los espectáculos, de abastos, rural, etc., etc. Por otra parte, la policía se concreta en esferas—en relación con los diversos organismos que integran el Estado—; y así puede hablarse de una policía general—del Estado como tal—, y de policías locales—provincias—, y más especialmente municipios: policía municipal, con sus distintas ramas.

V

LA NOCIÓN DEL «SELF-GOVERNMENT»

1. Parece, al pronto, fácil—de una facilidad relativa, por lo menos—determinar un concepto y desarrollar una doctrina o teoría abstracta y general del *self-government*, que en castellano diríamos *autonomía*, como indicando el *gobierno propio* de una sociedad constituída. Y esto no obstante tratarse de un concepto, como veremos, de gran complejidad. Pero, al fin, cabe recoger, por medio de una intensa reflexión sobre el objeto que suponemos implícito en la noción de *gobernarse por sí mismo*, de *autogobierno*, ciertas notas características, que permitan elevarse de la noción resultante a la idea del *self-government*. Hay fenómenos políticos que sugieren la noción clara y plena de este término: v. g., el *Estado nacional* de una gran potencia, y otros que expresan todavía con más propiedad la misma noción, en cuanto el *self-government* se refiere a sociedades contenidas en organizaciones políticas más amplias y superiores: por ejemplo, un Estado de la Unión norteamericana.

La mayor dificultad surge al incorporar el concepto y la doctrina del *self-government* al proceso determinado, histórico, de un régimen político; porque, aparte de que la historia es cosa distinta de la lógica, cada proceso de formación de un Estado sigue una marcha

propia, irreductible a las exigencias de los conceptos generales en que se definen las ideas de las instituciones. Quiero, con esto, decir que la determinación precisa del significado racional del *self-government* es una operación muy distinta de la elaboración de un sistema legislativo para la reconstitución de un régimen político interior de un Estado compuesto, el cual pide la adaptación o acomodamiento de las ideas a condiciones muy diversas, locales, esencialmente históricas y particularísimas.

¿Qué es el *self-government?* Desde luego, es sabido que se trata de algo que se refiere al método y forma de la vida del Estado, al régimen de gobierno. Pero si aspiramos a penetrar íntimamente la significación del término en su complejo contenido, trasciende de los dominios estrictos de la política. A mi juicio, la determinación de este concepto, fundamental hoy, en la teoría del Estado, y en el análisis y reconstrucción de la estructura constitucional de las sociedades políticas, supone tres capitales relaciones, a saber:

1.° Una relación *sociológica;*
2.° Una relación *jurídica*, y
3.° Una relación *política* estricta.

O sea, el *self-government* es un concepto que tiene sus raíces en la sociología y en la filosofía del Derecho, aunque sea una expresión esencialmente política y su doctrina o teoría corresponda a la ciencia del Estado. Pero es que, en el respecto sociológico, la noción del *self-government* se confunde con la de *sustantividad* de las sociedades; en el respecto jurídico, con la de *capacidad,* relacionándose en lo político, de una manera íntima e inmediata, con la idea fundamental —en grave crisis hoy—de la *soberanía:* no se trata de una noción abstracta y puramente formal en el *self-*

government o gobierno propio. En la misma sugestión histórica del concepto, que viene, sin duda, directamente de la Constitución inglesa (1), y, sobre todo, en la interpretación racional de los hechos generadores de la doctrina, se ofrece con la pura noción formal según la cual el *self-government* es una mera relación de gobierno local, el supuesto de entidades sociales que afirman una *sustantividad* suficiente, merced a una *capacidad* real que impone tales o cuales límites a una acción superior absorbente: la del poder central en las luchas por la constitución de los grandes Estados.

2. La idea de *self-government* supone, ante todo, un grupo social coherente, que vive vida propia, que constituye un núcleo, una síntesis de fuerzas, y el cual grupo, aunque comprendido en una formación social más amplia y condicionado por todo el sistema de relaciones que constituyen el medio social más o menos complejo, se mantiene y actúa con la energía suficiente para producirse con determinada originalidad. El supuesto primero — sociológico, en rigor, del *self-government* (2) — es, pues, la realidad y efectividad de un *núcleo social*.

No se trata, pues, como se ve, de un concepto meramente político, sino histórico. «Los escritores del Continente, escribe Redlich, bajo el influjo de Gneist,

---

(1) Esto no quiere decir que no pudiéramos procurar a la noción del *self-government* importantes y decisivos antecedentes medioevales; v. gr., en los municipios de León y Castilla, en los siglos de mayor florecimiento.

(2) Debería añadirse *colectivo*; la noción de *self-government* debe aplicarse también al individuo racional, que tiene y pide su *autonomía*.

tienen aún el hábito de emplear la palabra *self-government* como sinónimo de gobierno inglés, y más especialmente del sistema que reinaba en Inglaterra en el siglo XVIII» (1). Y no es posible, ciertamente, prescindir, al definir el *self-government* como sistema de gobierno, de las nociones que entraña el gobierno local inglés, no aisladamente, sino funcionando en el régimen constitucional. Pero, aparte de que la interpretación del fenómeno inglés implica una teoría general del gobierno local en relación con el régimen del Estado, esta misma interpretación exige la consideración inmediata de los factores o de la materia viva que integra o constituye el agente del *self-government.*

Y este agente no es aquí sino un *núcleo social;* y lo que hace que éste—el condado o el burgo ingleses—se afirme y sostenga en el sistema político, como un sujeto que se gobierna, es algo de naturaleza sociológica. Por eso trasciende, según indicamos, al concepto de la pura mecánica política y alude a condiciones que pueden manifestarse en todas esferas de la vida social. Prescidamos del término *self-government,* que sugiere la representación del régimen político inglés, o anglosajón, de una manera más inmediata, y tomemos para el caso el más general de *autonomía:* presto se advierte que el término es aplicable a todo género de sociedades; porque tanto las territoriales—la na-

(1) Redlich, *Le Gouvernement local en Angleterre*, I, página 5. El *self-government* es la nota distintiva del gobierno local inglés. «La antítesis entre la función central del Estado y la actividad local de los ciudadanos, prescrita y regulada por las leyes, implicada en esta definición, constituye el carácter distintivo del gobierno local inglés», págs. 5-6.

ción, la región, la provincia, el municipio—como las no territoriales o de lazo puramente ideal—la Iglesia, la Universidad, el Sindicato—tienen su problema de autonomía o *self-government*, el cual consiste en determinar cómo y en qué medida se produce *en ellas* y *por ellas* una propia vida, y cómo y hasta qué punto esta vida social distinta se manifiesta en el sistema general de las relaciones humanas.

Pero importa precisar más la significación del *self-government*.

A mi juicio, la raíz natural de este fenómeno político consiste en el supuesto de que una sociedad posee efectivamente sustantividad plena—*la suficiente*, porque no se trata nunca de un término absoluto—para realizar sus fines, es decir, en cuanto ella, y no otra *por ella*, elabora *su* actividad colectiva. Una sociedad, en efecto, es autónoma, no cuando una ley lo establece así, sino cuando, en el proceso general de las fuerzas que obran en el mundo social—sólo por abstracción cabe imaginar la sociedad aislada—, actúa aquélla dirigiéndose y decidiendo, lo cual supone que la sociedad posee algo como una *conciencia* colectiva, un *dinamismo* propio—*voluntad*—y un enlace *ético*, sobre la base de la existencia de un lazo de *solidaridad* de cierta permanencia. En efecto: un grupo sin cohesión o con una cohesión impuesta desde fuera, una reunión ocasional, una asociación o sociedad sin trabazón psicológica, o formada por individuos sin ideal común, o sin noción de su situación de miembros del compuesto social, o en nivel tan bajo de cultura que no sean éstos capaces de producir un sentir colectivo, carecerán del supuesto sociológico esencial en el *self-government;* éste, pues, como antes se indicaba, equivale, en esta primera relación, a *sustantividad*.

3. Y adviértese ya el natural enlace con las otras dos relaciones en que conviene considerar el concepto. Porque la sociedad con sustantividad reunirá las condiciones de la *capacidad* que exige el *self-government*, en cuanto éste supone facultad para dirigirse, lo que se resuelve en la noción de una racionalidad suficiente para darse cuenta de las necesidades propias, del modo de satisfacerlas y de la forma *jurídica* a que acomodar la conducta social, en la satisfacción de dichas necesidades: gobernarse equivale a regirse en la vida, y, para regir la vida, se pide la capacidad necesaria para determinar y definir las normas de su acción y apreciar y garantir la fuerza obligatoria de las normas en su aplicación práctica.

La noción de capacidad—una noción psicológica siempre—se resume, para el caso presente, en el supuesto de que el núcleo social autónomo—municipio, provincia, universidad—puede producir, en forma de costumbre o de ley escrita—norma reflexiva—, *su* derecho propio, interno, y declararlo como regla de vida, manteniéndose, por virtud de su decisión, dentro del orden que esta regla establezca; porque no se limita la capacidad a la pura declaración, sino que exige la aptitud necesaria para hacerla efectiva—derecho positivo—y sostenerse en su límite. Tiene un gran valor sugestivo esta indicación de Jellinek (1) para comprender de qué modo se integra el Derecho en el agente social que lo produce y vive.

«El fundamento de todo derecho—dice—reside, en último análisis, en la convicción que se tenga de su valor, de su fuerza normativa, de su poder de determi-

(1) *Teoría general del Estado*, especialmente libro II, cap. XI.

nación sobre la voluntad.» La existencia de esa convicción es, a mi juicio, la primera condición de toda autonomía. «De la convicción popular, condicionada a su vez por el grado de civilización general—añadé el autor citado—, es de lo que depende, en un momento dado, el que una supuesta norma posea realmente el carácter de norma verdadera.»

Ampliando la consideración, esa convicción del valor de la fuerza normativa del derecho propio, es la exigencia determinante de la capacidad jurídica para una autonomía.

4. Y estamos ya en el terreno especial del punto de vista político: la sociedad que se sienta *tal* y que posea, efectivamente, las condiciones para darse una norma y determinar una voluntad que obre según las exigencias de la norma, actuará, en último término, como *soberana*, es decir, con *poder* propio suficiente para *imponer*, e *imponerse* a sí misma, la voluntad, y, a través de ella, las normas de Derecho sentidas y declaradas como *costumbres* o como *ley*.

Quizás se oponga como objeción que no debe confundirse la noción de *soberanía* con la de *self-government*, porque la primera entraña un concepto más estricto y de mayores exigencias, como lo demuestra el hecho, no ya de formaciones locales, sino de verdaderos *Estados* que gozan de indiscutible *self-government*, y no son o no se consideran soberanos; v. g., un Estado de los que integran el Estado federal norteamericano, y, en general, todo Estado miembro de un Estado federal.

Pero lo primero que habría que hacer para entenderse sería revisar la noción de *soberanía* a la luz de las nuevas doctrinas y de los actuales supuestos de la realidad política. Hay un verdadero abismo entre

el concepto ordinario de soberanía y el de *self-government* que resulta de la teoría que pretende razonar y explicar este fenómeno, esencialmente histórico. Cuando en las doctrinas se habla de soberanía de derecho divino o de soberanía del rey, o bien de soberanía popular o nacional, implícitamente se alude a un concepto de valor absoluto y exclusivo. La soberanía se concibe como una nota o cualidad de un poder de mando, de autoridad, de dominación del Estado, que rechaza toda idea de subordinación y hasta de concurrencia, y, en cierto modo, la idea misma de ley: ¿cómo, en efecto, obligar al Soberano? Y así se dice:

1.° La soberanía es *una*, esto es, que en un mismo territorio no puede existir más que una sola soberanía, y que una misma persona no puede estar sometida más que a una sola soberanía;

2.° La soberanía es *indivisible*, es decir, que en un Estado, un hombre, un cuerpo, una sección del pueblo, una circunscripción, no pueden pretender una porción de la soberanía;

3.° La soberanía es *inalienable*, porque es la personalidad de la nación como tal, la que está dotada de una voluntad que manda, y una personalidad no puede enajenarse, y

4.° La soberanía es *imprescriptible*, por la misma razón que es *inalienable* (1).

Pero, como muy oportunamente escribe M. Duguit, cada una de esas indicaciones está en contradicción

---

(1) Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, I, pág. 117. Recuérdese Rousseau, *Contrato social*. Cons. mi *Tratado de Derecho político*, especialmente la *Teoría del Estado* (2.ª edición, 1916).

con hechos ciertos y — yo añadiría — con una más exacta interpretación de los elementos que integran el concepto del Estado y del Poder político.

5. ¿Cómo explicar, con la concepción expuesta de la soberanía, el fenómeno político más interesante quizá de nuestros tiempos, el Estado federal? ¿Cómo interpretar aquella expresión definidora del Estado federal: *unión*, Estado *indestructible* de *Estados indestructibles?* «La teoría de la soberanía, dice M. Duguit, ha sido elaborada para los Estados llamados *unitarios*.» En un Estado federal se disuelve la noción de la unidad y de la indivisibilidad, bajo la acción inevitable de la concurrencia armónica de dos soberanías: la de los Estados indestructibles y la de la Unión indestructible.

Tan evidente es esto, que ha sido preciso modificar la noción de la soberanía, considerada como el atributo esencial del Estado y como la nota característica del Poder público, y admitir en la doctrina (Jellinek, Laband, por ejemplo) Estados no soberanos. Y, ya en este camino, la soberanía parece aplicarse a aquel Estado que no se contiene en otro, que no es miembro de otro y que puede hacer la guerra: Estado *independiente*. Pero si aquilatásemos el valor real de esta idea extrema, llegaríamos a la disolución completa del concepto, porque sería difícil señalar Estados verdaderamente soberanos, toda vez que aun los mismos independientes, o tienen situaciones especiales, como la neutralidad (Suiza...), que no se compaginan con la noción absoluta de la soberanía, o bien, aunque sean plenamente independientes, no siempre pueden moverse con aquella libertad que abstractamente supone el concepto de la soberanía, por impedírselo razones de equilibrio político que noto-

riamente limitan o detienen sus movimientos (1).

«La soberanía y el Poder público, dice Jellinek, no son categorías absolutas, sino categorías históricas.» Yo diría que son ideas flexibles y adaptables, y esta adaptabilidad y flexibilidad hace posibles una porción de manifestaciones en que, dándose lo esencial de la soberanía, no es preciso que concurran ciertas condiciones puramente externas y de valor muy relativo.

En el concepto de la soberanía como poder supremo de un Estado independiente se da un valor excesivo al elemento material o de fuerza, cuando, bien vistas las cosas, puede afirmarse que, en el ejercicio del Poder soberano—un poder de hombres, de seres racionales, o de grupos de seres racionales—, se trata de relaciones que entrañan una actividad psíquica, ética e interna, y de un movimiento de la conciencia colectiva para determinarse con espontaneidad y conducirse según exigencias superiores. La diferencia que hay entre un régimen de caudillaje y un régimen de Estado consiste, esencialmente, en que en aquél actuará como razón suprema la voluntad arbitraria, con el argumento de la fuerza, mientras que en éste tendrán un papel creciente los motivos éticos, las consideraciones de justicia, la aspiración a un reinado de la ley.

Hay una profunda verdad muy sugestiva en esta indicación de M. Michoud: «La soberanía no es la característica esencial del Estado: esta característica es *el derecho de mandar*, que, por lo demás, constituye el contenido positivo de la soberanía, aunque no la sobe-

(1) La constitución de la Sociedad de Naciones, aun en su forma actual, pone en pleito el viejo concepto de la soberanía.

ranía misma, sino cuando se junta al derecho de no ser mandado por nadie.»

Pero sería preciso explicarse: ese derecho de mandar no equivale al poder de imponerse por una fuerza, sino el de determinarse libremente, con espontaneidad.

La soberanía, a partir de los supuestos sociólogos y jurídicos antes indicados, es una noción que se desarrolla ideal e históricamente en grados y se traduce en matices muy diversos, en consonancia con los grados y matices con que se producen la personalidad y la capacidad jurídica, sobre la base de la sustantividad psicológica del agente y sujeto de la soberanía. La diferencia entre el poder de un Estado, que tiene la plenitud—siempre un poco teórica—de la independencia, o sea voluntad en condiciones para determinarse, y fuerzas éticas y naturales para hacer efectivas las determinaciones de la voluntad, y sin que exista, en Derecho al menos, otro poder constituído que mande o actúe sobre esta voluntad, y el poder de otro Estado comprendido en la esfera de relaciones de un Estado superior o más complejo—el Estado en el Estado federal—, o el poder de Municipios, que son algo más y algo distinto de simples circunscripciones territoriales de una nación o de un Estado, que son miembros de la comunidad superior; la diferencia, digo, entre esos distintos poderes, más que de esencia, es de grado: todos ellos tienen de común el producirse en entidades adornadas con facultad de *autodeterminación,* y según un proceso análogo en el fondo.

6. Ahora bien, el concepto que unifica las distintas posiciones de las entidades políticas y sociales y los grados diversos de su poder es el del *self-government,*

en cuanto éste integra estos tres fundamentales supuestos:

1.° *Núcleo social constituido con real sustantividad;*

2.° *Capacidad jurídica en el núcleo para regirse;*

3.° *Poder efectivo de autodeterminación* en la esfera propia, o sea en aquella, relativa siempre, en que el núcleo se mueve con libertad e independencia, esto es, por obra de sus fuerzas naturales.

7. La mayor dificultad de la noción del *self-government* surge al intentar precisar su alcance práctico, o bien al pretender *aplicarla,* ya sea para interpretar una cierta estructura real de un Estado nacional cualquiera, ya sea para definir los procedimientos y condiciones del *self-government,* con relación a un régimen político, con el objeto de introducir los principios de su doctrina en el funcionamiento de las instituciones.

Concretamente, y desde el punto de vista histórico y actual, el *self-governmt* se aplica, sobre todo, en la determinación de la posición política de una entidad local—municipio, región—, dentro del sistema u organismo de las relaciones que entraña el Derecho político interno de un Estado nacional; afecta el problema íntimamente a la estructura *constitucional y administrativa* del Estado. Sin duda, cabe aplicar dicha noción, aun en la crítica histórica, con relación al conjunto entero de las instituciones y del gobierno de un pueblo; por ejemplo, en esta forma: un Estado gozará de *self-government* cuando haya logrado, al máximum, que su vida total, constitucional, sea la resultante del concurso espontáneo, original, vigoroso y armónico de todas las fuerzas concurrentes, individuales y colectivas que lo integran, sin absorciones por parte del Poder superior y sin rebeldías anárqui-

cas ni resistencias disolventes por parte de los Poderes locales ni de las formaciones sociales constituídas.

En una leal y racional aplicación del *self-government* se suponen conseguidos, en el más alto grado, estos *dos imperios:* el de *la opinión pública libremente elaborada*, como consecuencia del concurso de todas las voluntades integrantes, y el del *respeto al derecho en todas las esferas y manifestaciones de la vida política*. Y, además, supuesta tal aplicación leal, no cabe el problema de la oposición entre las prerrogativas del Poder central y las reservas exigidas por la autonomía: la fuerza y vigor de las autonomías locales y personales constituirán el cimiento más sólido para la efectividad de un Gobierno fuerte (1). Podría decirse que el *self-government*, bien entendido, *es la armonía positiva del criterio de centralización política con el hecho de la descentralización social y administrativa*, armonía que descansará en la fuerza con que se produzca la síntesis de las opiniones locales y personales en la opinión pública.

En tal respecto, son países de *self-government*, verbigracia, Inglaterra y Suiza, y no lo es Francia, de la misma manera.

8. Pero, como acabo de indicar, la aplicación más concreta del *self-government* se refiere directamente a la condición *político administrativa* de las formaciones o entidades locales, municipales o vecinales y regionales, en el sistema u organismo del Estado, y cuando se trata de un Estado compuesto, el problema

---

(1) Una apreciación excelente de las oposiciones entre la centralización y la descentralización, que debe resolver un régimen adecuado de *self-government*, puede verse en Hauriou, *Précis de Droit administratif*, pág. 65, edic. de 1907.

surge al determinar la posición de los Estados en el Estado federal.

Así, por ejemplo, la lucha entre federalistas y unitarios argentinos entraña, en el fondo, una oposición de doctrínas sobre el *self-government;* al intentar en España, ahora, como en 1907 (1) y en tantas otras ocasiones, una reconstitución de las instituciones locales, la discusión principal se produce alrededor de concepciones positivas o negativas del *self-government* (2).

Y, desde luego, la noción de éste se aplica resueltamente:

1.° A los Estados componentes o constitutivos de una Unión federal, en el supuesto de que aquéllos, en efecto, conservan y afirman una real personalidad política.

2.° A las regiones de un Estado unitario que, conservando una personalidad histórica, gozan, en efecto, de un mínimum irreducible de autonomía real político-administrativa.

3.° A las distintas circunscripciones, distritos y municipios; pero cuando en ellos concurren ciertas circunstancias, que dependen, ya sea de condiciones his-

---

(1) Proyecto del Sr. Maura, que estuvo a punto de ser ley. Fué aprobado por las dos Cámaras; pero faltó la aprobación definitiva en ellas. Los principios fundamentales del proyecto indicado se recogieron en el presentado a las Cortes por el Sr. Canalejas en 1912.

(2) En mi *Evolución legislativa del régimen local en España* (1909) he procurado resumir las tendencias reveladas, en este respecto, en los proyectos de reforma del régimen local intentados desde 1877, fecha de la Ley Municipal vigente.

tóricas muy diversas, generadoras de un respeto tradicional a las personalidades de las formaciones locales, como ocurre en Inglaterra, ya sea de una adaptación a la Constitución política centralizada de procedimientos de descentralización inspirados en el ideal del *self-government*, como acaece en todos los Estados europeos, en mayor o en menor medida.

9. La orientación general de un Estado nacional, en esta relación de las circunscripciones y municipios componentes, responderá, naturalmente, a las concepciones dominantes sobre la unidad del Estado y del Poder público. Un Estado unitario, como el francés, descansará, de una manera esencial, en la negación teórica y práctica del *self-government* local: no tendrá éste, ni una efectividad histórica ni una consagración legal. El genio francés no ha podido rehacer las condiciones reales necesarias para resucitar, en el Estado constitucional moderno, el *self-government* local. Antes se ha hecho lo contrario, en los momentos críticos de su formación; más aun: la suscitación de la variedad política e institucional, característica del *self-government* tradicional del tipo inglés, repugna al espíritu de Francia, encariñado con la idea de uniformidad en la organización política, hoy todavía. «La uniformidad del régimen, dice el profesor Hauriou (1), resulta harto conforme con nuestro carácter nacional para que pueda soñarse en destruírla.» Y luego añede: «Por lo demás, no es quizá tan mala: supone una simplificación muy cómoda desde el punto de vista de la intervención administrativa...»

Algo análogo podría decirse respecto de España, que también ha sacrificado a la preocupación y a las

(1) Ob. cit., pág. 200, nota.

necesidades de la unidad política, en el siglo XIX, las posibilidades de una restauración efectiva de las tradiciones municipales medioevales, ahogadas bajo la acción absorbente del cesarismo austriaco y del absolutismo borbónico.

En cambio, el Estado unitario o unificado por obra de un proceso, no por virtud de un pacto político, pero que ha podido conservar las tradiciones institucionales internas, al modelar su Constitución nacional, como Inglaterra, descansará, de una manera también esencial, en la afirmación del *self-government* local, revelado en las variedades de tipos locales, en la fuerza histórica de la composición de éstos, en su influjo como elementos constitucionales y en la vitalidad social de sus núcleos.

10. Pero ¿cómo definir—y este es nuestro más capital problema—el *self-government* local, y más especialmente el de los Municipios, o bien el de los pueblos que constituyen las agrupaciones coherentes que integran un Estado?

En primer lugar, se ha de señalar positivamente el supuesto sociológico; quiero decir: es preciso que el *pueblo*, dado como contenido social del municipio, sea una sociedad o comunidad natural. Importa, en efecto, para que el *self-government* se produzca vigorosamente, que haya, en lo posible, coincidencia entre la *unidad sociológica* del núcleo natural y la *unidad funcional* del municipio constituído, porque a veces no coinciden. Lo advierte, con gran exactitud de conceptos, el profesor norteamericano Zueblin (1), cuando distingue entre *grupo urbano*, *ciudad* y *municipali-*

(1) *American Municipal Progress*, pág. 1.

dad: «el centro o distrito urbano tiene una unidad psicológica e industrial, una ciudad tiene una unidad legal y topográfica, y una municipalidad tiene una unidad funcional». Pues bien: en mi sentir, una de las condiciones más favorables al *self-government* está en la coincidencia de esas tres unidades, que se procura, v. g., cuando una gran aglomeración urbana, que se ha formado por la expansión de su núcleo primitivo y su confusión con otros núcleos circundantes—caso de Londres, de Barcelona, de Buenos Aires...—, se reconstituye como gran municipio de gran ciudad.

Quizá uno de los más graves obstáculos a la efectividad práctica del *self-government* municipal en España estriba en la falta de coincidencia entre la formación denuestro municipio legal, con las expresiones reales y naturales de la vida local, rural, sobre todo. A veces—es muy frecuente en Asturias—, el municipio legal lo constituyen, más o menos artificiosamente, varios pueblos distintos que tienen sus fuerzas propias, íntimas, de concejo tradicional que representaría la verdadera vida municipal. Estudiando cómo se ha formado el municipio español del período constitucional se descubre con toda claridad cómo se ha generado ese concepto legal de nuestro municipio, sin base de propio *self-government.* Bastará, para comprender lo que indico, considerar la definición que se ha creído necesario formular en la ley desde 1870, y que se conserva al frente de la vigente de 1877. El municipio es—se dice—«la asociación legal de todas las personas que residen en un término municipal». Esto es, el municipio resulta una creación de la ley, no una obra de realidad, de espontaneidad y de historia, en suma, de las necesidades locales.

Al reaccionar ahora entre nosotros, bajo influjos

muy diversos que actúan en todos los países, para rehacer y vigorizar el espíritu local, uno de los más decididos esfuerzos se encamina a procurar salvar en la ley las manifestaciones, todas respetables, del vivir local. Este esfuerzo es característico del proyecto de reforma del régimen local de 1907 (Gobierno del señor Maura) y del de 1912 (Gobierno del Sr. Canalejas (1).

Si quisiéramos formular en términos concretos esta primera exigencia de un régimen de *self-government* municipal, diríamos que *es indispensable que el municipio legal o reconocido por la ley coincida con la comunidad natural constituída según las relaciones espontáneas, engendradas por las necesidades de la vida de vencindad;* ha de ser el municipio el *núcleo vecinal* por excelencia, «una sociedad legal, como dice la ley Municipal cubana, organizada políticamente, con autorización del Poder legislativo nacional y *comprendida dentro de una extensión superficial naturalmente determinada por las necesarias relaciones de vecindad*» (artículo 1.°), o bien, como quiere el proyecto de Canalejas, «la sociedad natural reconocida por la ley y establecida en un término territorial, definido por las relaciones de vecindad» (base 1.ª).

Otra exigencia fundamental del *self-government*, aplicable a todas las circunscripciones o formaciones locales de valor general y, en cierto modo, teórico, es

(1) En ambos proyectos se señala la tendencia a incorporar a la ley las variedades y matices de la vida municipal en estas interesantes indicaciones, consagración muy acentuada de los *anejos* grupos incluídos en los actuales municipios, como aldeas, caseríos, poblados, barrios, que podrán tener una administración propia, vigorización del régimen de Mancomunidades municipales, asociaciones de municipios.

la de que el municipio, la región o la provincia no se consideren como una mera división territorial del Estado, bien sea para facilitar la gestión de determinados intereses locales, o bien—y al propio tiempo—para acomodar a las condiciones de la distribución geográfica de la población la dirección y administración de los intereses nacionales; antes, por el contrario, en el *self-government* es esencial que el *municipio, la región o la provincia se reputen y respeten como miembros de la comunidad nacional.* En una comparación de las consecuencias teóricas y prácticas del predominio del punto de vista de las necesidades de una división territorial, o del que entraña la consideración de miembros de la comunidad nacional de los núcleos locales, surgiría claro y definido el contraste entre el criterio de *centralización* (Francia) y el de de *self-government* (Inglaterra).

Y resta, para terminar estas consideraciones, una tercera exigencia en la leal y eficaz aplicación práctica del *self-government* local, la que entraña superior complejidad y mayor importancia política; se refiere al *funcionamiento* del régimen, y podría resumirse en esta pregunta: ¿cómo organizar, por ejemplo, el municipio para que conserve, en el sistema de las relaciones políticas, *su* personalidad local, sin romper la superior unidad del Estado? Es este un problema de *equilibrio jurídico*, cuya solución, circunstancial siempre, debe traducirse en un tratamiento legislativo y consuetudinario, de difícil determinación. La idea fundamental, que no debe olvidarse como fuente de inspiración, se infiere del significado mismo de la palabra *self government: gobernarse a sí mismo; administrar*, en sentido amplio, *lo propio y peculiar, no tanto con independencia*, término excesivo, como *sin dependen-*

cia respecto del gobierno central, lo que no se opone a estas dos relaciones compatibles:

1.° La de *ordenación jurídica* de la actividad unitaria del municipio como parte del Estado;

2.° La de *control* o *intervención* y la posible acción de tutela: la primera, para mantener la armonía o el equilibrio político superior, y la segunda, para favorecer—tutela—la formación de la personalidad incipiente del municipio, o rectificar sus perturbaciones o dificultades. Y entiéndase bien el concepto: el *self-government* rechaza la *dependencia*, pero no repugna la *intervención*. Con lo que no parece compatible es con el régimen de *subordinación* de municipios, que convierte a éstos en el grado de una jerarquía uniforme y reglamentada.

11. Esta posición *sin* dependencia jerárquica se traduce concreta y prácticamente en determinadas condiciones esenciales, que vienen a constituír los derechos fundamentales generadores de la autonomía efectiva (1), a saber:

1.° *Reconocimiento de la facultad o poder del municipio* (aplicable a toda formación local) *para determinar y resolver el contenido y funciones de su gobierno propio*, dentro, claro es, de aquella definición general, constitucional, o legal o consuetudinaria, que exige la armonía superior de la nación. Como el municipio y, en su caso, la región o el Estado o la provincia, están siempre dentro de una formación o unión más amplia, se impone como exigencia general la determinación constitucional, o mediante ley (cuando no se haya definido por la tradición consuetudinaria), de la esfera que se reserva al gobierno local: lo que

(1) V. Wilcox, *The American City*, pág. 313 y sigs.

pide el *self-government* es que la entidad local esté legal o constitucionalmente capacitada para desenvolver la actividad propia, dentro de aquella esfera, realizando una labor de adaptación circunstancial; por ejemplo, la ciudad es la que debe decidir sobre la amplitud y condiciones de los servicios que impone la vida urbana: tranvías, aguas, arreglo de vías, calles, plazas, establecimiento de parques, etc., y complementará esta facultad de autonomía la que supone la posibilidad de determinar y regular el régimen económico, dentro del sistema general de contribuciones e impuestos definido por el Estado. La armonía jurídica que pide el interés superior de la nación se garantiza, sin lesionar los principios del *self-government*, con la intervención del Estado nacional, en estas formas:

a) Mediante la acción legislativa, para evitar la contraposición irreductible de los intereses (1);

b) Mediante la acción judicial, para hacer efectiva la defensa de los derechos que puedan resultar lesio-

---

(1) Definiendo el profesor Redlich las condiciones del gobierno local inglés, refiere al Parlamento el alto Poder directivo: «Aunque el Parlamento—dice—no puede dirigir la administración local, él es, sin embargo, quien ha creado la autoridad local, y puede en todo momento suprimirle, conferirle, o retirarle su poder o autoridad, si le parece oportuno.» Pero aun esta prerrogativa del Parlamento es muy teórica. «En ley—dice Ashley—, las autoridades locales son simples creaciones del legislativo, que éste destruye a su placer; pero el influjo de la tradición histórica es tan fuerte, que el ciudadano inglés probablemente conserva cierta concepción del *self-government* local como un derecho en el cual no puede intervenir ningún poder central.» *(Local and Central Government*, pág. 4, 1906.)

nados, porque el municipio, como el Estado mismo, dede estar sometido al derecho (1).

2.° *Reconocimiento, en el municipio* (región, Estado o provincia), *del poder para acomodar a sus particulares condiciones y circunstancias su constitución y organización:* en el Estado federal, dicho poder se manifiesta en el Derecho del Estado a darse su propia constitución, a legislar, según ella, sobre las materias reservadas a su actividad; en el municipio, tal poder se traduce en la facultad de dictar ordenanzas para el régimen de su vida, con fuerza de ley y sanciones adecuadas, y la de darse una propia y típica Constitución o gobierno, aunque, en este último caso, se reserve la aprobación del Poder central en determinadas condiciones, por exigirlo así la defensa del derecho político nacional, contra cuyos principios esenciales no puede obrar directamente ninguna de sus formaciones locales (2).

---

(1) «Si la autoridad local se excede de sus facultados o no cumple con sus deberes, es responsable de sus excesos o negligencias ante el Tribunal ordinario.» (Redlich, ob. cit., I, pág. 6.) «En la Gran Bretaña—dice M. Ashley—, los conflictos entre los departamentos centrales y las autoridades locales, o entre las autoridades públicas y los individuos, se resuelven por los Tribunales ordinarios de justicia...» (Obra citada, pág. 12.)

(2) En el proyecto de reforma del régimen local de 1907 (texto aprobado por las Cortes) se reconocía la facultad que indicamos en términos muy generales, además del poder de dictar Ordenanzas municipales. Se decía en el art. 95: «Los Ayuntamientos podrán proponer al Gobierno variantes en su constitución respectiva y las disposiciones especiales que consideren más adecuadas a las circunstancias de la localidad, para su gobierno y administración.» En el mismo artículo se detalla el procedimiento para la aprobación de ta-

3.º *El reconocimiento, en el municipio* (región, Estado o provincia), *de la facultad libérrima para eligir o designar, entre sus miembros, los encargados de representarle en el desempeño efectivo de las funciones de gobierno y administración.* Nada rectifica el *self-government* como la intervención, en la gestión en los negocios locales, de funcionarios extraños (1). De ahí la capital importancia de la aplicación de las instituciones de *democracia directa* (la asamblea de vecinos, el llamado concejo abierto de nuestros municipios históricos —cuando es posible—o el referéndum) y del carácter electivo de las corporaciones o asambleas locales: Ayuntamientos, Concejos deliberantes, Legislaturas, etcétera. (2). De ahí también la importancia que revis-

---

les propuestas que podrían implicar hasta reforma del régimen de la ley, reservando la resolución, en ciertos casos, al Poder legislativo. «Para autorizar, se dice, las modificaciones que implicasen reforma de los preceptos legales sobre el régimen de la Hacienda municipal o definición de la competencia de los Ayuntamientos, será siempre necesaria una ley...» El proyecto de bases para una ley de régimen local del Gobierno del Sr. Canalejas mantenía la disposición del de 1907.

(1) «... la administración pública de los asuntos locales, dice el citado Redlich, no puede ser asegurada sino por autoridades locales. La autoridad soberana debe obrar por medio de sus intermediarios locales No puede tomar en sus manos el gobierno local. Este principio es la base de toda la organización de las autoridades locales, aunque éstas sean miembros activos de la Constitución. (Ob. cit pág. 6.)

(2) En los dos proyectos de reforma del régimen local español de 1907 y 1912 se consagran con amplitud todas estas instituciones del *self-government:* el Concejo abierto se aplica a los municipios de menos de 300 habitantes, pudiendo aplicarse a los de menos de 500; el referéndum se apli-

te la afirmación del carácter representativo y electivo del ejecutivo local—alcalde, gobernador, etc.—. Y si aceptamos para el régimen municipal una forma de gobierno en la cual no se diferencien con tanta determinación los órganos deliberantes de los ejecutivos, parece esencial que el Comité, Junta o Comisión—según el sistema que ahora empieza a aplicarse en los Estados Unidos (1)—sea de base electiva y de carácter representativo. Lo esencial es que el núcleo local se gobierne y administre por sus propios representantes, ya que el gobierno local, como distinto y hasta opuesto al gobierno central, se refiere, en difinitiva, o debe referirse, a la gestión o administración de aquellas materias o asuntos que afectan a los habitantes de una localidad dada, sin interesar directamente a la nación en general (2), y es condición fundamental, para que se pueda hablar del gobierno local en su recto sentido, que la organización del mismo asegure, como dice Redlich, «la libre cooperación de los ciudadanos en la gestión de sus intereses comunes», lo cual no implica, en manera alguna, por modo necesario, la debilitación de las fuerzas nacionales, sino más bien debe suponer lo contrario. Una fuerte cooperación local ofrecerá, a la larga, el más adecuado ambiente para despertar el espíritu cívico, condición precisa para que pueda producirse una vida política nacional intensa y vigorosa.

---

ca en determinadas materias, taxativamente determinadas.

(1) Me refiero al gobierno municipal por una Comisión, inaugurado en Galveston, y que luego han aceptado, con diversas formas, muchas ciudades americanas. (V. *City Government by Comission*, edit. por C. R. Woodruff, New York, 1911.) V. nuestro libro *El Régimen municipal de la Ciudad moderna* (1916).

(2) V. Blake Odgers, *Local Government*, pág. 1, 1907.

BIBLIOGRAFÍA

I

EL «DERECHO ADMINISTRATIVO» DE M. HAURIOU (1)

1.—*Labor constructiva.*

El autor de este libro, M. Hauriou, profesor de Derecho administrativo en la Universidad de Toulouse, es uno de los cultivadores más eminentes de las ciencias jurídico-políticas de la vecina República. Varias son las obras que ha publicado, todas ellas de valor indudable. Titúlanse: *Etudes sur la décentralisation, Etudes sur le Droit administratif français, La gestion administrative;* además, tiene M. Hauriou dos obras de carácter sociológico: *La science sociale traditionnelle* y las *Leçons sur le mouvement social.* Recientemente, poco antes del *Précis*, de que voy a hablar ahora, ha publicado M. Hauriou un interesante estudio sobre *L'institution et le Droit statutaire* (1906), que es de capital importancia para interpretar las teorías del Derecho público del autor (2).

---

(1) *Précis de Droit administratif et de Droit public,* 6.ª edición. París, 1907.

(2) Posteriormente a esta nota publicó M. Hauriou los *Principes de Droit public* (dos ediciones), y *Le souveraineté nationele* (1912). V. el artículo siguiente.

El *Précis* de M. Hauriou representa un gran esfuerzo constructivo en la esfera del Derecho público; no se trata de un resumen ordenado de disposiciones constitucionales, orgánicas y administrativas, con arreglo a un plan, más o menos aceptable, que es lo que, con harta frecuencia, suelen ser los manuales de Derecho administrativo. La labor del profesor francés tiene muy otro alcance: revela una elaboración filosófica de las nociones fundamentales del Estado y de la ciencia política, teniendo en cuenta la realidad actual de la vida del Derecho público; el resultado principal de esa labor es una *teoría de conjunto* del Derecho público y *una teoría* del Derecho administrativo. Yo diría, más bien que teoría, sistema. La obra del sabio profesor es una exposición ordenada que descansa en una concepción *sistemática* del Derecho del Estado. Pero que además pretende asentarse en una base *realista*, es decir, sobre cimiento *dado* en la realidad, descubierto por la indagación y, por fin, utilizado mediante una interpretación de los elementos reales del Estado.

«Que el Derecho administrativo—escribe—se eleve a la altura de pretender proporcionar una teoría del Estado, no debe sorprender, porque ha llegado el momento. El Estado es una formación social que evoluciona como todas las cosas, y hasta muy rápidamente. No diré que se transforma, pero se desenvuelve, y caracteres que al principio se revelaban débilmente, se señalan y devienen predominantes, en tanto que otros se apagan.»

El desarrollo del Estado que M. Hauriou indica como determinante o suscitador del moderno Derecho administrativo, es aquel en virtud del cual ha pasado de la condición política, yo diría del puro «formalis-

mo» abstracto, a la condición positiva y realista, al «realismo económico», de arraigo en la conciencia nacional; el Estado, en efecto, cada día tiene más sustancia social, cada día se introduce más íntimamente en la vida colectiva, observando y transformando sus elementos dispersos en una unidad sustantiva, condensada, «institucional».

«Ha llegado el momento—escribe M. Hauriou—de considerar el Estado, no como una soberanía ni como una ley, sino como una institución o un conjunto de instituciones, o, más exactamente aun, como «la institución de las instituciones.» «Por de contado—añade—, no queremos decir que «ya no hay soberanía» o bien que «ya no hay ley», o bien que la soberanía o la ley no son elementos esenciales del Estado.» Estimamos siempre la soberanía o la ley como elementos esenciales del Estado; pero no están ya en primer término y no desempeñan el primer papel en la combinación práctica de las fuerzas. Si ha habido en la historia del Estado la edad de la soberanía y la edad de la ley, ahora hemos llegado, o quizá, en cierto sentido, hemos vuelto a la edad de la institución, con la particularidad de que la institución deba ser coordinada según la ley.

Toda la teoría del Derecho público, o todo el «sistema» de M. Hauriou, se mueve alrededor de la idea de la *realidad* de la institución. «Y la teoría jurídica de la institución—dice—debe los elementos técnicos al Derecho administrativo.» Esto es, la institución resulta de la elaboración histórica del Derecho administrativo; pero éste no puede construirse sino sobre la base o a la vista de la idea de la institución.

«En primer lugar—se lee más abajo—, si la institución se me ha ofrecido como una individualidad ju-

rídica, y no sólo como una de esas nociones puramente sociales que Jellinek separa de la teoría jurídica del Estado, es gracias a la contemplación del mundo administrativo. Yo he visto vastas organizaciones de servicios públicos funcionando con regularidad, que llegan a ser indispensables a la vida nacional y, por tanto, convertidas en instituciones; me ha parecido inadmisible que esos servicios, organizados por leyes y reglamentos, para la marcha de los cuales se toman a diario decisiones que producen efectos jurídicos, cuya ejecución o inejecución entraña la responsabilidad jurídica de la Administración, y para la que, en suma, se ha constituído el Derecho administrativo, no sean instituciones jurídicas. He notado además que las Asambleas deliberantes, tales como los Consejos municipales y los Consejos generales, cuya composición y funcionamiento están tan cuidadosamente reglamentados, son instituciones vivas, a las cuales sería difícil negar un carácter jurídico. La misma observación se aplica a las funciones de los órganos ejecutivos o de los agentes de ejecución. De tal suerte, que el Derecho administrativo, con las masas de organización de servicios, de asambleas y de funciones públicas, me ha anonadado bajo la evidencia del carácter jurídico de sus instituciones. Sin embargo, era preciso, para forzar la convicción de los juristas, proporcionar la prueba de la actividad jurídica de la institución, y, para eso, referir a ella los fenómenos jurídicos que las fuerzas aprueban; por mi parte, lo he hecho, mostrando que la institución era la fuente verdadera de dos especies de reglas de Derecho muy particulares: las reglas disciplinarias y las regias estatutarias, y esto el Derecho administrativo es quien también nos lo ha consentido.»

2.—*La institución.*

No creo necesario resumir más indicaciones de las que M. Hauriou expone en su interesante prólogo, para ver cuál es el eje capital de su sistema: la realidad jurídica de la institución, que se enlaza con la doctrina más general de la realidad de la personalidad jurídica del Estado. «La teoría de la institución admite la personalidad subjetiva del Estado, y hasta la admite como una realidad social, no como una ficción: únicamente limita el alcance de esta personalidad subjetiva con otra noción, que es la de la individualidad del Estado.» Adviértese, creo yo, en la labor constructiva de M. Hauriou el influjo de las dos grandes corrientes que trabajan el pensamiento político contemporáneo, y aun la misma vida política, a saber: la corriente sociológica, que más o menos afirma la sustantividad de la vida o del ser social—la realidad de las formas colectivas—, y la corriente orgánica y jurídica—, que propende a afirmar la consistencia sustantiva de la persona social—recuérdese la doctrina de nuestro Giner (1).

Pero hay además otro influjo, quizá más inmediato y sugestivo cual es el de la contemplación del derecho administrativo francés, creación genial de un espíritu nacional muy elaborado y maduro. El derecho administrativo francés entraña sujetos colectivos, instituciones jurídicas de gran vida y de gran fuerza unificadora, con excepcional capacidad para mantenerse y persistir al través de las convul-

(1) *Principios de Derecho natural: Estudios y fragmentos sobre la teoría de las Personas sociales.*

siones más aparatosas. Hasta donde a mí se me alcanza, estimo que el movimiento institucional jurídico que informa el derecho administrativo francés viene a procurar al desarrollo social o nacional aquellos factores que la vida nacional inglesa debe al desarrollo histórico de la vida local y a la elaboración expansiva de la tradición del *self-government*.

Pero ¿qué es una institución? Porque este es un concepto importante del sistema de M. Hauriou.

«Una institución es una organización social, establecida en relación con el orden general de las cosas, cuya permanencia está asegurada merced a un equilibrio de fuerzas y por una separación de poderes, y que constituye por sí misma un estado de derecho —*stat per se*—. La institución es además fuente de derecho, «de dos formas de derecho: del derecho disciplinario y del derecho estatutario». No nos es posible analizar la doctrina que desarrolla M. Hauriou en el primer capítulo del libro: es fundamental. De ella parte, como se ha indicado, para edificar su sistema del Derecho público.

Como que en el capítulo siguiente se habla ya del Estado moderno y las instituciones públicas esenciales, e inmediatamente se analiza el Estado mismo como institución: una *institución que, sobre un territorio dado, asegura a una población una esfera completa de existencia común*. El análisis del Estado es el arranque natural del Derecho administrativo: surge éste como sistema de la separación de los poderes en las instituciones constitucionales. El Derecho administrativo es el derecho de la función administrativa; la función administrativa entraña y unifica las instituciones administrativas. M. Hauriou estima—como nosotros—fundamental partir, en la sistematización de esta rama

jurídica, de la noción de la función, y hasta nos hace el honor de encontrar bien orientada cierta definición que hace tiempo dábamos de esa función, estimando, por fin, que la función administrativa es «la actividad del organismo gubernamental y ejecutivo del Estado, en tanto se emplee en crear y hacer vivir la institución del Estado». Nosotros considerábamos que dicha función administrativa entraña el movimiento total de la actividad del Estado para la conservación y perfeccionamiento de las instituciones, mediante las cuales el Estado realiza sus fines, en forma de servicios públicos.

3.—*El plan.*

Falta espacio para seguir paso a paso la luminosísima exposición de M. Hauriou, con rigor lógico llevada en todos sus detalles y en la marcha general. He de limitarme, pues, para terminar estas notas, a reseñar el plan expuesto por el sabio profesor de Toulouse.

La determinación de la idea de la *función administrativa* se desarrolla con la noción de los servicios públicos, completándose con el examen de estos problemas importantísimos: la autonomía de la función pública y la delegación de la *potencia pública,* la centralización y la descentralización, la jerarquía y la organización electiva, en que se comprende lo relativo a la función electoral y a la organización del sufragio.

A continuación, M. Hauriou habla de la organización de las Administraciones públicas, organización administrativa del Estado, empezando por tratar del *territorio del Estado* y de su personalidad y servicios públicos, y estudiando luego: 1.°, el órgano ejecutivo

del Estado, en sus determinaciones del Poder central (presidencia de la República, Ministerios, Consejos administrativos) y del Poder regional (Prefecturas, Subprefecturas y Alcaldías); 2.º, el órgano deliberante o legislativo (las Cámaras). Completa esta parte el estudio de la *organización del departamento*—territorio, personalidad, servicios; historia—y de la *organización del municipio*, y además el de la *organización de las colonias*. Sigue a todo esto el examen de los *establecimientos públicos*, con su definición, personalidad y organización, siendo objeto de un análisis especial los llamados *establecimientos de utilidad pública* y *de interés público*. El estudio termina con el examen de algunos establecimientos especiales, como las Cajas de ahorros, Sociedades de Socorros mutuos, Montes de Piedad, Sindicatos profesionales.

La segunda parte del *Précis* se comprende bajo el epígrafe general de *La legalidad de los derechos individuales*, y abarca el estudio, sucesivamente, de *La legalidad:* la ley, el reglamento, etc., y los *Derechos individuales:* igualdad civil y política, los derechos políticos, etc.

En la tercera parte, que trata de la «potencia» administrativa, después de un capítulo preliminar sobre el Derecho administrativo como derecho de la «potencia pública», en donde se determina el lugar de aquella rama jurídica en el conjunto del Derecho francés, desarrolla M. Hauriou en varios libros las doctrinas jurídico administrativas siguientes:

Primero. La Administración—los actos administrativos—, los recursos contenciosos: trátase aquí de las prerrogativas de la Administración y de sus diferentes modos—los actos, iniciativa de los actos, las decisiones, la gestión pública (actos que llamaríamos de

autoridad y actos de gestión pública y aun privada).

Segundo. Los derechos y las operaciones del poder público — acción de policía: la policía administrativa; acción de gestión de los servicios públicos: generalidades, reclutamiento militar, dominio público, expropiación, obras públicas, hacienda pública.

Tercero. Los derechos y las operaciones de persona privada: el dominio privado, mueble e industrial (monopolios), los modos de adquirir de persona privada, contratos, cuasicontratos, etc.

Cuarto. Lo contencioso-administrativo: desarróllase la doctrina de la jurisdicción y de la competencia, insistiendo, como es natural, en la jurisdicción administrativa, mediante su diferenciación de la ordinaria; luego se expone la organización de esta jurisdicción, las acciones y recursos, y, por fin, el procedimiento.

El *Précis* de M. Hauriou termina con un suplemento sobre el régimen de los cultos y las materias eclesiásticas, que comprende: consideraciones generales sobre el asunto, la ley de 9 de diciembre de 1905, la libertad religiosa, la separación de la Iglesia y del Estado y la organización oficial de un servicio regular del culto público. Además. se habla de la libertad religiosa y de la libertad de cultos, fuera de la organización oficial, de un servicio regular del culto público y del régimen de las Congregaciones religiosas.

Tal es, en breves términos, el plan sistemático de derecho administrativo como parte del derecho llamado público, desarrollado en su tratado por M. Hauriou.

II

LA CENTRALIZACIÓN EN «EL DERECHO ADMINISTRATIVO» DE M. HAURIOU (1).

M. Hauriou ha publicado la novena edición de su *Précis de Droit administratif*. Este gran maestro ha contribuído, con un esfuerzo excepcionalmente eficaz, a elevar a la categoría de disciplina filosófica y... atractiva, materia tan árida y prosaica como se suponía el Derecho administrativo, vulgarmente considerado como expresión gráfica de cuanto significa expedienteo burocrático y arte del covachuelista. Nada más curioso e interesante que seguir el desarrollo del pensamiento del profesor francés: un verdadero proceso de elaboración y de renovación incesantes, como la vida jurídica misma que se trata de recoger en doctrinas y fórmulas para construír una «técnica» y organizar un sistema. Mas no es hoy nuestro propósito «entrar» en el *Précis* de M. Hauriou: no queremos pasar del prólogo.

1

M. Hauriou, que vive, digámoslo así, los problemas que trata, no podía lanzar al público de nuevo su obra

(1) Hauriou, *Précis de Droit administratif et de Droit public*, 9.ª edic. París, 1919.

sin comunicarle la impresión de que, en efecto, se ha dado plena cuenta de lo que por el mundo jurídico pasa como consecuencia de las sacudidas de la guerra y del modo intenso como estas sacudidas afectan a la esencia y a la estructura de su disciplina.

El Derecho administrativo tiene por sujeto—y objeto o materia—, como es sabido, la Administración del Estado; no existe, se dice, sin un régimen de Estado, con su estructura social y política y construído con vista a los servicios públicos. El Derecho administrativo, que define y sistematiza M. Hauriou, tiene como cantera, y como objetivo a la vez, la Francia constituída en Estado, con su organismo administrador. La labor del insigne tratadista pudiéramos considerarla como un esfuerzo para interpretar la marcha o el proceso real del pensamiento jurídico francés en la formación de un sistema nacional típico del régimen administrativo, interpretación que funcionará, por reacción natural, como inspiración científica utilizable por el administrador, el gobernante, el juez.

Pues bien: ¿cómo poner mano ahora en la materia administrativa palpitante, viva, sin plantearse el problema del efecto o influjo ejercido por la guerra y por la crisis de conceptos y de valores y de actitudes morales y políticas por la guerra provocadas? ¿Quién que, viva la vida de sus días, puede dar un paso en el Derecho público sin revisar su diccionario y sin repasar los útiles con que los hombres se venían gobernando y rigiendo?

La guerra, que lo ha puesto a prueba todo, ha sometido más especialmente a prueba la estructura y el régimen de los Estados, su potencialidad, su resistencia, sus métodos de gobierno y de gestión, la flexibili-

dad de su instrumental, la preparación y competencia de su personal, el temple moral de su pueblo..., la fecundidad de su ideología política. La guerra, además, que ha desquiciado la evolución de los Imperios y precipitado o desquiciado la evolución (el porvenir dirá) o la transformación de las democracias, deja una herencia de incertidumbres, que mantienen en tensión peligrosa al mundo entero. ¿Servirán, resistirán todavía las antiguas estructuras? ¿Deberán modificarse? ¿Hasta qué punto? ¿En qué sentido empujan al Estado las fuerzas desencadenadas en la Historia?

2

M. Hauriou, en su prólogo, plantéase y considera rápida y magistralmente esos problemas al apreciar la prueba de resistencia que la guerra ha sido para la estructura característica típica del Estado francés, con su régimen administrativo, que es sabido se define como una «centralización». Porque la Francia actual, no obstante indicaciones que revelan influjos o tendencias rectificadoras, sigue siendo en lo esencial la Francia del antiguo régimen, reconstruída por el genial arquitecto político que se llamó Napoleón; sigue siendo, en fecto, el Estado «centralizado» por excelencia.

«Sin ser—dice M. Hauriou—un admirador apasionado de nuestra centralización, se debe hacer notar que es ella el resultado de una evolución que se remonta muy lejos en nuestra historia, que se ha desarrollado bajo los regímenes políticos más diversos y a través de las épocas más turbulentas, por lo que debe responder a alguna necesidad.»

La centralización como régimen político-administrativo es una creación principalmente francesa, y Francia ha servido de modelo a los países que en los tiempos modernos se han querido regir según la técnica y las exigencias de la centralización. Según M. Hauriou no hace falta elevarse a consideraciones de principio: basta observar los hechos inmediatos, si se quiere comprender por qué Francia es un Estado centralizado.

«Francia—dice—no es libre de adoptar un régimen cualquiera. Está ahí Alemania..., unificada y centralizada, acampada en medio de Europa, como amenaza perpetua. Impone a su alrededor la paz armada, siendo preciso que las naciones pacíficas que montan la guardia pongan al servicio de su deseo de paz el mismo instrumento perfeccionado que aquélla pone al servicio de su voluntad guerrera: la centralización.»

Pero, a pesar de todas las justificaciones o explicaciones políticas procuradas por los hechos, «el proceso de la centralización francesa se ha abierto una vez más al terminar la guerra de 1914. Ciertas incompresiones—añade M. Hauriou—y ciertas insuficiencias de nuestra burocracia, los bellos resultados obtenidos por las improvisaciones rápidas de nuestros amigos ingleses y americanos, han puesto en duda la excelencia de nuestro sistema nacional.»

He ahí, planteado, con relación a un momento concreto, en una crisis esencial, el gran problema general, que ni es de ahora, pues venía inquietando desde muy lejos, ni es meramente político, sino que interesa a la vida nacional, íntegramente considerada; es, en rigor, el problema entero de la cultura, de la civilización y del sentido que la reflexión de las gentes

directoras, y la acción misma del Estado, debe comunicar a la vida colectiva de su pueblo.

Reducido a los términos a que M. Hauriou se contrae, contiénese el problema indicado en esta pregunta. Ante la acción de la burocracia francesa, ¿no podría pensarse que la descentralización anglosajona, que implica menos previsión colectiva, pero que deja intacto el resorte de las energías individuales, permite atender a las crisis súbitas con organizaciones más adecuadas? En otros términos: ¿qué resulta más eficaz en el momento crítico? ¿Tener hombres fuertes, resistentes, enérgicos, con la energía que da una vida de libertad, de autonomía individual y colectiva, hombres formados en el culto de la personalidad y de la responsabilidad, o tener constituído un mecanismo humano—burocrático—que se mueva, llegado el caso, al impulso de una organización directora, concentrada, previsora...? Bien se ven dentrás de estas indicaciones los dos ideales de civilización, de cultura y de educación que en el mundo representan o simbolizan Inglaterra... y Francia...

Pero M. Hauriou suscita una cuestión previa, apremiante y angustiosa. Se ha hecho en 1914 la experiencia: ¿qué habría pasado cuando el gran choque, si Alemania no tropieza con países de centralización y, por consiguiente, de preparación militar y de movilización rápida? «La resistencia de estos países ha permitido—añade M. Hauriou—las improvisaciones geniales, pero forzosamente tardías, de los Kitchener y de los Baker. Si la civilización se ha salvado—concluye—, lo ha sido por la centralización.»

Sin duda, un estado de guerra, o de peligro inminente, o de amenaza constante de guerra—paz armada y ruinosa—, favorece y hasta impone un régi-

men de concentración de fuerzas y el predominio de la preocupación de la «eficacia» en la organización política y en la estructura administrativa. Y así, debe estimarse que mientras se viva en un ambiente guerrero, la centralización se considerará necesaria. Mas ¿se podrá lograr un ambiente de paz en tanto que los pueblos se organicen para la guerra?

Por otra parte, la experiencia trágica de la Gran guerra, lo que ha costado, la crisis social suscitada por la lucha, ¿no modificará las situaciones de modo que sea posible una estructura del Estado más flexible y libre, menos rígida y mecanizada, menos cesarista? «Alemania — dice M. Hauriou — está vencida...; pero... se destruirá su militarismo, vendrá la Liga de naciones, pero no es seguro—añade—que esas garantías hagan inútil nuestra centralización.»

3

Es el de la centralización tema inevitable en los tratados de Derecho administrativo, discutido siempre por los teóricos de la política y por los políticos de acción, y que sigue y seguirá discutiéndose: cosa natural, toda vez que la centralización sintetiza o expresa uno de los criterios-tipo aplicados y aplicables a la gobernación de los pueblos. Y en España conserva su pleno valor doctrinal y práctica de problema esencial: las más hondas oposiciones políticas, las de más viva realidad, prodúcense en el seno de la vida nacional alrededor de la centralización; bastará recordar las intensas manifestaciones regionalistas. Una consideración serena del momento político presente obligaría a estimar como más íntimamente «constitucional» el

problema de la centralización que, v. gr., el de la misma forma de gobierno en sentido estricto.

En efecto, la reconstitución nacional con que soñamos es, en una de sus más interesantes relaciones, cuestión de centralización, o, mejor, de descentralización, que es lo mismo, aunque parezca todo lo contrario; porque, en definitiva, el problema viene suscitado por la actitud de reacción en que aparecen colocados importantes elementos, verdaderas fuerzas sociales, políticas, regionales, frente al tradicional régimen centralizado, uniformista, simétrico, burocrático, desconocedor de las palpitaciones de la vida espontánea e histórica y de los anhelos de resurgimiento colectivo, que por doquier se advierten, y que acaso encontrarían su cauce en aplicaciones prudentes de un régimen descentralizador y, en ciertos casos, en verdaderas organizaciones autónomas de base democrática.

Pero la centralización, atacada, defiéndese y reacciona contra las tendencias que aspiran a destruírla o a transformarla. Antes de la guerra señalábanse en los países centralizados, sobre todo, hondos movimientos descentralizadores, v. gr., en la transformación de los servicios; esto aparte, surgían o se intensificaban las aspiraciones de las autonomías locales y profesionales, sindicalismo. La guerra vino a truncar esos movimientos.

Ya se ha visto cómo interpreta M. Hauriou la preocupación de la guerra para razonar la centralización francesa. Mas no es sólo la situación internacional la que impone ese régimen: tienen también mucho peso consideraciones basadas en la situación interior de los Estados modernos.

Las democracias, se dice, hállanse dominadas por

una contradicción: de un lado las mueve «un ardiente deseo de libertad»; de otro, las amenaza «continuamente la opresión de las organizaciones potentes engendradas por la libertad». ¿Remedio? «Sólo un Estado fuertemente centralizado parece capaz de luchar con éxito contra las potencias interiores que, hijas de la libertad, se levantan, una tras otra, para ahogarla.»

M. Hauriou recuerda las potentes creaciones surgidas en el régimen de libertad de comercio, de trabajo y de industria; las grandes Compañías, los *trusts* explotadores de gigantes monopolios, con su acción absorbente, abusiva, verdaderamente tiránica. Nada valen contra esos instrumentos de dominación «los remedios legales y judiciales»; ¿cómo luchar contra las poderosas y ricas Empresas, admirablemente montadas, para vencer, incluso por el cansancio y el agotamiento, las oposiciones que puedan suscitarles humildes litigantes?

El escritor francés recuerda, a este propósito, la actitud mantenida por el Presidente Wilson en su libro *La nueva libertad*. No basta la ley y la represión judicial para someter a poderosos y a oligarquías a las exigencias de la justicia y de la equidad. «Es preciso una inteligencia directa entre el pueblo y el ejecutivo, a fin de destruír la nueva esclavitud y fundar la nueva libertad, es decir, que es preciso una fuerte centralización ejecutiva que pueda ejercer una acción preventiva, gracias a la omnipresencia de su policía, y, si fuere preciso, gracias a un participación directa en las empresas, si son, en algún respecto, de interés público.»

El Estado centralizado sería así el mejor instrumento (defensivo) de la democracia.

Pero no olvidemos que el Presidente Wilson se mueve en un país de *self-government* tradicional, de estructura federal, de genio anglosajón, lo que quiere decir que una compenetración entre el ejecutivo federal y el pueblo, para vencer o quebrantar las dominaciones de un feudalismo económico y de una oligarquía financiera o industrial, sería un método político que no entrañaría quizá ningún peligro cesarista.

¿Se podría decir lo mismo con relación a Francia, país de pura tradición napoleónica? Y luego, ¿sería fácil, v. gr., en España crear un ejecutivo fuerte unido al pueblo, de esencia democrática, y no sometido al dominio de las grandes Empresas? ¿No ofrecería mayor resistencia a la dominación oligárquica una vigorización de las autonomías locales y regionales y una organización autónoma de los intereses sociales?

4

Pero hay todavía otra consideración, impuesta por la existencia de la potencia sindical, obra democrática de la libertad de asociación. «El Sindicato puede ser beneficioso—dice M. Hauriou—, porque es una fuerza social que tiende a restaurar para las masas populares cuadros sociales que reemplacen los de las antiguas clases directoras... Pero puede ser perjudicial y peligroso», en cuanto desconoce la realidad nacional... y aspira también al monopolio, a la dominación absoluta y a la destrucción de las demás formas de libertad. Importa encauzar esa fuerza, a fin de que no nos lleve a la constitución de corporaciones cerradas, cuyos inconvenientes se conocen bastante por la Historia.

Es decir, hay que defender a todo trance los derechos del hombre y del ciudadano, contra los peligros de una organización social de los intereses y de las profesiones. Pero no olvidemos que todavía hoy es preciso defender aquellos derechos contra los abusos y las tendencias arbitrarias del Estado que constantemente propende a la organización oligárquica.

Por todo lo cual conviene considerar, con todo género de reservas, el remedio que el autor señala para salvar el peligro sindicalista. Según él, «una administración fuertemente centralizada es la única que, merced a la vigilancia de su policía, al ejercicio continuo de un derecho de observación, y, si es preciso, afiliándose a las organizaciones principales, puede mantener realmente abiertas las corporaciones».

En suma: según el maestro de Toulouse, la situación en que coloca a los Estados la paz armada, cuyo fin no se ve todavía, y la necesidad de una incesante intervención cerca de las potencias nacidas de las organizaciones económicas y sindicales, harán que «la centralización administrativa se mantenga como la condición indispensable de la libertad. Y cuanto más se orienten los países anglosajones hacia una vedadera democracia, más sentirán su necesidad».

Refiriéndose a Francia, el autor estima que allí lo prudente, lo oportuno, sería corregir y perfeccionar la centralización constituída.

«Corrijamos – dice—y perfeccionemos nuestra centralización, combinémosla con descentralizaciones parciales, librémosla de las ingerencias electorales y parlamentarias que la falsean; pero no la destruyamos, para vernos obligados a restablecerla.»

Pero, aun suponiendo posible sostener una organización centralizada, técnica y jurídicamente capaz y

respetuosa con los derechos del hombre, aun suponiendo que el Estado centralizado se sustraiga al influjo de las organizaciones económicas y sindicales —que lo conquistarán y harán suyo, si otras fuerzas no lo impiden—, aun suponiendo todo esto, quedan en pie ciertos problemas. De un lado, ¿qué hacer con la aspiración autonomista local o regional, cuando sea una realidad viva que se impone? De otro, ¿no se reconoce generalmente como necesario descongestionar los Centros político-administrativos de los Estados, descargando a las burocracias impotentes, por competentes que sean, para desempeñar con éxito tantas tareas como la centralización les encomienda?

III

EL «TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO» DE H. BERTHÉLEMY (1).

1.—*El Derecho administrativo francés.*

La primera edición de este *Tratado* se publicó en 1900, si no estoy equivocado; la cuarta, a los seis años. No me sorpende la demanda: la obra lo merece; es una exposición clara, precisa, de los principios del Derecho administrativo, sobre la base, naturalmente, de la legislación francesa, y dentro, además, de la más pura tradición de la escuela. «La sustancia de este libro — dice el autor en el prefacio — está toda entera en las obras de tres jurisconsultos, cuyos trabajos de doctrina y de jurisprudencia han contribuído más ampliamente, en el curso del siglo—pasado—, al desenvolvimiento del Derecho administrativo; me refiero a MM. Ducrocq, Aucoc y Laferrière. Rara vez me he separado de una manera sensible de las ideas generales, a las cuales se han referido comúnmente las reglas primordiarles de la administración moderna, con las inevitables divergencias en la aplicación, esos tres maestros de nuestra ciencia. Mi ambición—añade—ha sido mucho menos decir otras cosas que decirlas de

(1) *Traité élémentaire de Droit administratif*, por H. Berthélemy, 1 vol., 4.ª edic. París, 1906.

otra manera, y presentar, bajo su aspecto más teórico, las soluciones prácticas que han expuesto ellos en el libro, defendido con la palabra o consagrado por el juicio.»

El *Tratado* de M. Berthélemy es, pues, un resumen doctrinal del Derecho administrativo genuinamente francés, o sea del Derecho administrativo *por excelencia*, el original, el engendrado como consecuencia natural de la génesis propia de un Estado y de una nación, unificados, fundidos, formando la organización política más coherente, más uniforme y homogénea, quizá, que se conoce.

Tiene razón M. Berthélemy cuando dice que el «Derecho administrativo moderno no tiene, como el Derecho civil, profundas raíces en el pasado. Sus cimientos están en las leyes de la Revolución, que han erigido en reglas constitucionales verdades cuyo alto alcance social habían proclamado los filósofos del siglo XVIII: el principio de la separación de los Poderes legislativo y ejecutivo, el principio de la independencia recíproca de los administradores y de los jueces».

Pero no cabe duda que la formación de un derecho administrativo coherente, nacional, típico, con sus ideas centrales, su expresión sistemática, su fuerza política, su valor como estructura jurídica de la vida y funcionamiento de los Poderes públicos—los Poderes centrales que se muevan según reglas uniformes y con sujeción a los prejuicios de la jerarquía, del engranaje de instituciones, de la uniformidad de procedimientos—, no cabe duda—digo—que el Derecho administrativo en parte alguna del mundo encontró un terreno tan abonado y preparado como en Francia: la Francia del antiguo régimen, unificada y sometida

a la acción directiva del Poder real, servido por una verdadera cadena de dependencias. En Tocqueville podría estudiarse este punto con algún fruto.

2.—*Las nociones generales.*

Pero veamos el contenido del *Tratado* de que hablamos.

Tiene un corte jurídico muy pronunciado el criterio general que impera o domina en la obra. No hay tanto rigorismo quizá como en el *Précis* de M. Hauriou, pero es siempre obra de jurista. Por otra parte, la concepción de M. Berthélemy es muy amplia y comprensiva: coincide el Derecho administrativo que expone en sus lineamientos generales con el plan que en España se suele desarrollar en los cursos y manuales universitarios.

M. Berthélemy inicia su exposición con unas *Nociones preliminares*, en las cuales recuerda los conceptos políticos fundamentales, supuestos indispensables del Derecho administrativo, a saber: la *Nación*, el *Estado*, el *Gobierno*. No hay modo de definir la *Administración* y el *Derecho administrativo* sino a partir de estas nociones fundamentales. La Administración se refiere al Gobierno, ésta es del Estado, y el Estado—de que aquí se trata—es un Estado nacional.

El Gobierno es el organismo que ejerce la autoridad, dice el autor; y luego añade:

«Sea cual fuere su forma, el Gobierno realiza su misión mediante tres categorías de actos: los actos de legislación, los actos de administración y los actos de jurisdicción.

»En la mayoría de los Estados modernos, la función de legislar se ha separado de las otras dos.

»La función de juzgar y la facultad de administrar se han separado también en la práctica, como lo están en la teoría, que son distintas, pero concurren al mismo fin, que es a la ejecución de la ley, y, por esta razón, refiero una y otra al mismo poder, que es el Poder ejecutivo.

»Las reglas según las cuales los Tribunales zanjan los litigios entre las personas están escritas en los Códigos particulares (Código de procedimiento, Código de instrucción criminal). La organización judicial se estudia al mismo tiempo que esas reglas.

»La expresión *administración* engloba todas las demás funciones del Poder ejecutivo. Todos los servicios que concurren a la ejecución de las leyes, con excepción de los servicios judiciales, son servicios administrativos, y el *Derecho administrativo* es el conjunto de los principios y de los preceptos según los cuales su actividad se ejerce. Es el Derecho administrativo una de las ramas del *Derecho público*, que comprende además el *Derecho constitucional*, el *Derecho criminal* y el *Derecho de gentes*.»

Comparando el Derecho administrativo con el constitucional, el autor encuentra entre ambas ramas grandes puntos de contacto. Tantos, «que no es posible realizar entre ellos una separación completa. En el Derecho constitucional están los epígrafes de los capítulos del Derecho administrativo: el uno es el prefacio obligado del otro».

Con más detalle todavía:

«El Derecho constitucional nos hace conocer la organización política del Estado, la distinción entre los Poderes públicos, las reglas según las cuales serán designadas las personas investidas de esta doble fun-

ción, que constituye la esencia del gobierno: hacer la ley y procurar su ejecución.

»El Derecho administrativo analiza el mecanismo de la máquina gubernamental. Cómo el aparato se construye, el Derecho constitucional nos lo enseña; cómo trabaja, cómo funciona cada una de sus piezas, es la materia del Derecho administrativo.»

3.—*Función administrativa y función ejecutiva.*

He copiado tan larga cita porque, aparte del valor que siempre tiene para comprender y caracterizar un sistema, el concepto capital de su *objeto*, que es como el germen de aquel, donde radica el criterio generador, importa mucho ver en qué tendencia se ha colocado el autor, ante la controversia interesantísima que es sabido existe, para determinar el objeto y, por ende, el concepto de la Administración.

M. Berthélemy, como indicábamos al principio, y ahora lo comprueba cumplidamente la cita copiada, está resueltamente, y sin reserva alguna, dentro de la tradición pura de la escuela francesa, tan seguida en España, que confunde la función administrativa con la ejecutiva, o que por lo menos considera la Administración como una función del Poder ejecutivo.

Y si nos atenemos al proceso histórico—en Francia, España y también Italia—del Derecho administrativo, parece éste haberse producido como un derecho de ciertas funciones del ejecutivo; entre otras razones, porque, en efecto, la Administración se ha desenvuelto como un *sistema de servicios* atribuídos al Poder ejecutivo, o, mejor, a funcionarios dependientes del Ejecutivo.

Pero un análisis real de la actividad del Estado quizá no lleva a las mismas conclusiones. Antes puede imponer una esencial distinción entre las funciones políticas propias del Ejecutivo como Poder, y aquellas otras funciones propiamente administrativas—de carácter técnico muchas—encaminadas a la conservación y perfeccionamiento del organismo o del conjunto de instituciones que constituyen el Estado.

A mi juicio, la Administración es una función distinta que se difunde y penetra por toda la constitución del Estado, hasta el punto de que no es sólo una manifestación del Poder ejecutivo, sino que, antes bien, se observa en todos los demás poderes del Estado, los cuales tienen, sin duda, un lado administrativo (1).

4.—*Resumen del libro.*

Pasemos ahora a resumir el plan de la obra de M. Berthélemy. Es, como indico, amplio. No se contrae a la organización de las funciones y a la determinación de las reglas de éstas, sintetizadas en fórmulas más o menos abstractas: trata también de las materias de esas funciones.

He aquí, en breves términos, el bosquejo del plan:

«El estudio del Derecho administrativo comprende el examen de dos órdenes de cuestiones: las unas, relativas a la organización administrativa; las otras, al funcionamiento de los servicios públicos.

La parte de este tratado consagrada a la organización administrativa contendrá la indicación de los agentes y de los Consejos que colaboran en la administración del Estado y de sus divisiones; o de otro

(1) V. la *Introducción* en este TRATADO.

modo dicho, se estudia allí la composición del personal administrativo.

La parte consagrada a los servicios públicos comprenderá el estudio de las funciones atribuídas a esos agentes y a esos Consejos. ¿Quiénes son éstos? Este es el objeto de la primera parte. ¿Qué hacen? Este es el objeto de la segunda.

A esas dos partes esenciales, que constituirán los dos primeros libros, conviene añadir una tercera. Se debe tratar separadamente de lo contencioso-administrativo, es decir, de la manera como se zanjan los litigios que surgen con ocasión de los actos de los administradores.»

Veamos el plan bosquejado para terminar con algún mayor detalle:

1. *Organización administrativa.*—Principios generales: una doctrina de la separación del Poder legislativo y judicial y de las autoridades administrativas y judiciales, con otra (capital, en el Derecho administrativo) sobre la personalidad moral del Estado, de los Departamentos, de los Municipios y de los establecimientos públicos.—Teoría de las funciones públicas: exposición de la doctrina jurídica de la Administración.—Los órganos administrativos: Administración de los intereses generales (jefe del Estado, ministros, Consejo de Estado); Administración regional de los intereses generales; Administración de los intereses regionales (Consejo general); Administración de los intereses locales (organización municipal, el Municipio, etcétera).

2. *Acción administrativa.— a*) Servicios *esenciales* del Estado. Comprenden estos servicios: la Policía, encargada de asegurar el mantenimiento del orden y de tomar las medidas necesarias para la salud pública; el Ejército y la Marina, encargados de asegurar la de-

fensa del territorio; la administración del dominio nacional, ya se trate del dominio público destinado al uso de todos, ya del dominio privado afecto o no a los servicios públicos.— *b*) Servicios *facultativos* del Estado. Comprenden estos servicios: el régimen de los transportes (ferrocarriles, navegación, correspondencia, etc.).—Las industrias extractivas (minas, canteras, etc.).—El comercio.—La agricultura (servicios agrícolas, régimen forestal).—La enseñanza (en general, primaria, secundaria, superior).—Las bellas artes (su enseñanza, conservación y fomento).—Las instituciones de previsión (retiros de funcionarios, instituciones públicas destinadas a facilitar la previsión, socorros mutuos, Cajas de ahorros).—Instituciones de asistencia (pauperismo, beneficencia pública), con las ramificaciones departamentales y municipales y en París.

3. La *Hacienda:* legislación financiera y legislación fiscal. El presupuesto, preparación, votación, ejecución, intervención. Impuestos: directos, indirectos.

4. La *justicia administrativa.* — Principios dominantes en lo contencioso-administrativo; por qué se estima necesaria esta jurisdicción: estudio de la doctrina general a que responde; los conflictos. Reglas de competencia de la jurisdicción administrativa.— A continuación se expone la *organización* de las jurisdicciones administrativas; especialmente se trata de la jurisdicción propia del Consejo de Estado y luego de la de los Consejos de prefectura.—El capítulo siguiente se refiere, como era lógico, a las *atribuciones* de las jurisdicciones administrativas, destinándose el último a exponer el *procedimiento.*

La obra termina con un Apéndice que contiene la organización interior de los Ministerios.

IV

EL «DERECHO ADMINISTRATIVO ALEMÁN» DE OTTO MAYER (1).

1.—*Derecho administrativo.*

El Derecho administrativo alemán es otro *tipo* de Derecho administrativo, caracterizado por el influjo natural que en la formación histórica de las leyes, de la jurisprudencia y de las costumbres, han ejercido las doctrinas. En país alguno se ha manifestado con más fuerza que en Alemania la idea del Estado de derecho—*Rechststaat*—. El «Derecho administrativo, como dice Mayer, en las diferentes naciones que representan la vieja civilización europea, tiene por base ciertos principios generales que son los mismos en todas partes. En la literatura alemana, el conjunto de esos principios ha encontrado su expresión en la idea del *Rechststaat*, del Estado regido por el Derecho».

A mi juicio, el Derecho administrativo, al igual que el Derecho constitucional, son como manifestación histórica del Derecho político, ramas del Derecho del Estado, que entraña el supuesto íntimo de que el Estado—soberano—vive y obra según el derecho, o

---

(1) *Le Droit administratif allemand*, por Otto Mayer. Edic. franc., prólogo de H. Berthélemy, 4 vols. París, 1903-1906.

reconoce como normas, a que conscientemente se acomoda, las que impone el ideal jurídico del pueblo.

Hay en este punto matices difíciles de distinguir, que responden a concepciones históricas nacionales diferentes. Todo el Derecho administrativo moderno descansa en la sumisión del Poder público en la función gestora de los intereses políticos y sociales, a las exigencias *jurídicas*, pero esta sumisión no siempre se interpreta con el mismo alcance.

«En nuestro país, como en los Estados alemanes, dice M. Berthélemy en el prólogo del libro de Mayer, el Derecho administrativo es de construcción moderna. Ha nacido y se ha desenvuelto cuando «el régimen del Derecho»—diría mejor «el régimen de la legalidad»—ha sucedido «al régimen de policía».

En esta acentuación de un concepto, que supone la rectificación de M. Berthélemy, al proponer, como más expresivo que el *régimen* de *derecho*, el de *legalidad*, se significa un *matiz* muy digno de notarse. Parece como que la característica del Derecho administrativo sea la aceptación de la ley, la sumisión al derecho escrito, mientras el régimen de derecho puede indicar una relación más compleja del Poder público con el derecho, como si éste debiera ser, no la norma que se impone al Poder, sino el «espíritu» mismo que lo anima. La diferencia de matiz, en suma, quizá consista en que en el *Rechststaat*, el Poder público puede concebirse como una función ética, o de base *ética:* en el régimen de legalidad, el Poder acaso no pase de ser una fuerza, una expresión mecánica, que se contiene *desde afuera*, por la ley.

«La administración de la antigua Monarquía francesa era esencialmente discrecional. No estaba contenida por ninguna regla jurídica. Sólo muy impropia-

mente se habría podido hablar en ese tiempo de *Derecho administrativo*, porque no existía ningún límite preciso de los poderes de los agentes del rey, ningún procedimiento obligatorio para el ejercicio de sus funciones, ninguna libertad para que los «súbditos» pudieran hacerse valer sobre los mandatos formulados en nombre del «Soberano».

«El régimen de la Revolución francesa descansa sobre principios radicalmente contrarios. Se caracteriza la transformación efectuada diciendo que la soberanía nacional sustituye a la soberanía personal de los reyes.» La ley es quien manda. «En el Estado moderno — añade Berthélemy—, construído sobre esta base, la Administración no puede ser en ningún caso la intervención discrecional de los agentes encargados de mantenerel orden.»

En la concepción de Otto Mayer, muy influída por la doctrina francesa, no hay una diferencia muy esencial, por lo que toca a la interpretación dada al término *Rechststaat*, comparada con la definición de M. Berthélemy del régimen de legalidad, pero sí podría señalarse una idea algo distinta, de mayor intimidad jurídica, en la primera. «El *Rechststaat*—dice el profesor Mayer— supone una cierta organización del Poder público, organización que tiende a dirigir, en la medida de lo posible, la acción de la administración, según *reglas de derecho* que se le imponen, y que determinan por adelantado la situación jurídica de los individuos sobre los cuales obra. Por otra parte, el *Rechststaat* quiere también que lo que debe tener lugar en el caso individual se fije de una manera obligatoria, equivalente a la sentencia del Tribunal civil; a eso es a lo que responde el *acto administrativo*, y, sobre todo, la *justicia administrativa*.»

2. — *El influjo francés.*

La elaboración del Derecho administrativo alemán por Otto Mayer se ha efectuado en contraste y, al propio tiempo, bajo el influjo del Derecho administrativo francés. El profesor Mayer, que primero trabajó sobre una «teoría del Derecho administrativo francés», al pretender formular, influído por su misma labor, una teoría análoga del Derecho administrativo alemán, tropieza con dificultades graves, porque las condiciones del material en ambos casos son muy diferentes.

«El Derecho administrativo francés me ofrecía un Estado unitario con un derecho puramente nacional. En el Derecho administrativo alemán, por el contrario, se ofrece la diversidad de derechos particulares, cada uno de los cuales experimenta en grado diferente la influencia del derecho extranjero, es decir, del francés.

»En el primero tenía un derecho enteramente moderno, salido de una vez de la Revolución. En el segundo, transiciones sucesivas, mezcladas con vestigios del pasado... En el francés, sobre esas bases sólidas, encontraba una doctrina bien fundada, con una conformidad notable en las ideas de los escritores... Dadas todas las nociones jurídicas de una manera completa, me bastaba aportar una expresión diferente y un sistema personal. ¿Quién osará sostener que nuestra doctrina alemana sobre el Derecho administrativo ha llegado, ni aun aproximadamente, a semejante perfección?»

Y, esto no obstante, el influjo francés en la forma-

ción actual del Derecho administrativo alemán es indiscutible. «La formación del derecho alemán—dice Mayer—, en todo tiempo ha estado abierta a las influencias extranjeras. En lo que se refiere al Derecho público moderno, el derecho francés es el que, sobre todo, ha servido de guía y de modelo. Sin duda, no conviene exagerar: no se deben explicar todos los puntos comunes por lo tomado del derecho francés. Hay que conceder una gran parte al paralelismo de las ideas comunes a todos los países. Queda, sin embargo, un número bastante de materias, en las cuales el influjo directo del derecho francés no podrá negarse. A menudo se ha copiado sencillamente el derecho francés. Con más frecuencia todavía se han adoptado y transformado las instituciones francesas, combinándolas más o menos con las ideas de origen alemán.»

Pero, a pesar de todo esto, el Derecho administrativo alemán tiene su sustantividad histórica, su rigorismo jurídico, que proviene del ambiente filosófico en que necesariamente se ha tenido que elaborar allí la doctrina y la práctica.

Según el profesor Mayer, «el Derecho administrativo alemán, en su mayor parte, no se ha aprovechado de la unificación del Imperio: es la obra de las legislaciones particulares de los diferentes Estados. Presenta, pues, grandes variedades. En parte alguna ha quedado fuera el elemento francés; pero se podrían clasificar esas legislaciones, según el grado de influjo que han experimentado...».

La influencia del sentido *jurídico*, a que nos referimos, adviértese en el mismo tratado de Otto Mayer. Su carácter constructivo y lógico entraña la afirmación de la naturaleza de la Administración como un

orden de derecho. «He rechazado—dice—en este libro el sistema tradicional que se colocaba exclusivamente en el punto de vista de la ciencia administrativa y de la Economía política. He intentado seguir un sistema puramente jurídico, casi como ha hecho Laband con el Derecho público alemán.»

3. — *La Administración y el Derecho administrativo.*

El *Tratado* de Otto Mayer lleva al frente una Introducción, que comprende dos problemas capitales en todo sistema doctrinal de Derecho administrativo, a saber: la *noción de la Administración* y la del *Derecho administrativo.*

¿Qué es la Administración para Mayer?

La Administración es un aspecto del Estado. El Estado es un pueblo organizado para la satisfacción de sus intereses bajo una potencia soberana. «La *Administración* es la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines. Así entendida, es lo opuesto de la *Constitución,* que no hace más que preparar esta acción: la Administración significa la formación de la potencia soberana mediante la cual el Estado se capacita para obrar.»

En relación con el conjunto de las funciones del Estado, la Administración es sólo una rama de un todo que se presenta en esta trinidad bien conocida: *legislación, justicia* y *administración*... La legislación, la justicia y la administración, son actividades en virtud de las cuales el Estado quiere realizar su fin. Lo que las distingue es la manera diferente según la cual deben servir a esta realización...

Conviene advertir que la diferencia entre esas actividades no se significa en el valor de la palabra: es

más bien obra del desenvolvimiento histórico. En la historia, la Administración se ha constituído como una esfera de actividad, que se ha ido formando como un sistema más o menos sustantivo fuera de la legislación y de la justicia. Por eso, en cierto respecto, la noción de la Administración puede referirse a «toda actividad del Estado que no es ni la legislación ni la justicia».

Sin duda, este concepto no basta: falta una afirmación positiva, de forma y de contenido. Mayer determina la forma y el contenido con estas indicaciones: la Administración se ha considerado, desde un principio, como una actividad del Estado que se ejerce bajo la autoridad del orden jurídico que debe establecer; más ampliamente: la Administración es la actividad del Estado para la realización de sus fines y bajo su orden jurídico.

El Derecho administrativo, en el sentido literal de la palabra, quiere decir: «derecho relativo a la Administración. El derecho supone relaciones que regular, personas que se encuentran frente a frente, y entre las cuales es preciso que se determine la línea de su poder recíproco».

El contenido del Derecho administrativo lo da, pues, la misma Administración. Y como la Administración es una actividad del Estado, el Derecho administrativo es un derecho relativo al Estado; las reglas que han de concretarlo, ordenando las relaciones entre las personas que comprende, tienen siempre un sujeto supuesto: el *Estado*. «No puede—dice Otto Mayer—tratarse de Derecho administrativo más que cuando se trata de *relaciones entre el Estado y los súbditos*, sean súbditos aislados, sean súbditos reunidos en grupos determinados.»

Pero no todo el derecho que regula esas relaciones es Derecho administrativo. El Derecho administrativo es una rama del Derecho público, es el Derecho público propio de la Administración. Y debe ser tratado como un Derecho público, a partir de sus nociones fundamentales. «La ciencia del Derecho administrativo debe tener su sistema, como la ciencia del Derecho civil.»

4.—*El plan de la obra.*

El plan sistemático desarrollado por Otto Mayer comprende dos partes, a saber: primera, la parte general, y segunda, la parte especial.

Parte general.— Sección primera: Contiene un estudio sobre el desenvolvimiento histórico del Derecho administrativo alemán, a partir de un capítulo sobre los derechos de superioridad de los príncipes, con un análisis del Estado bajo el régimen de policía, en contraste con el del Estado bajo el régimen del Derecho.

Sección segunda: Refiérese a los principios generales del Derecho administrativo, que comprende estudios: *a*), sobre el Poder legislativo y ejecutivo; *b*), sobre la fuerza obligatoria de la ley administrativa; *c*), sobre la fuerza obligatoria del acto administrativo; *d*), sobre los derechos individuales públicos; *e*), sobre las fuentes del Derecho administrativo; *f*), sobre las relaciones de las instituciones jurídicas administrativas con el Derecho civil.

Sección tercera: Los recursos de derecho en materia administrativa (el derecho de los recursos, la justicia administrativa, la materia contenciosa, las atribuciones de los Tribunales civiles, etc.).

Parte especial.— Dividida en dos libros: el primero

se subdivide en dos secciones, la primera de las cuales trata del *Poder de policía*, y la segunda del *Poder financiero*. El libro segundo se subdivide, a su vez, en tres secciones, en esta forma: primera: el Derecho público de las cosas (expropiación, dominio público, servidumbres de derecho público, restricciones a la propiedad por causa de utilidad pública); segunda: las obligaciones especiales (el servicio del Estado, forzoso y de los funcionarios honoríficos, cargas públicas, concesiones de empresas, indemnizaciones por daños causados por la Administración, etc.); tercera: las personas morales (la personalidad moral en el Derecho público, cómo nace el Cuerpo de Administración propia, el derecho de representación, poder de inspección, cargas de la Administración propia, comunidades de intereses, extinción del Cuerpo de Administración propia).

La obra de Otto Mayer concluye con un interesante apéndice sobre *El Derecho administrativo internacional*.

V

EL TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO ITALIANO DE V. E. ORLANDO (1)

1. — *Indicación preliminar.*

El profesor Orlando es una de las antoridades más reputadas en Italia, y fuera de Italia, en estas interesantes materias del derecho político y administrativo. Sus manuales de la *Colección Barberá*, de estas dos ramas jurídicas, son, sin duda, obras de maestro. Revelan una sólida preparación doctrinal, a la vez que un arte exquisito para exponer con claridad, y dentro de un plan sistemático muy trabajado, las teorías del Derecho llamado público, y para agrupar y señalar con soluciones excelentemente elaboradas los numerosos problemas jurídicos de la Política y de la Administración (2). Nadie, pues, más indicado que el profesor Orlando para planear y dirigir este monumental *Tratado de Derecho administrativo italiano.*

---

(1) *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo italiano,* publicado bajo la dirección de V. E. Orlando, con la colaboración de otros jurisconsultos italianos. Comenzó a publicarse en 1897, Milán.

(2) V. Orlando, *Principii di Diritto costituzionale* (1 volumen) *y Principii di Diritto Amministrativo* (1 vol.), en la Colección de Manuales citada.

No conozco una labor colectiva de exposición doctrinal del Derecho administrativo, de un Derecho administrativo nacional, con base científica y crítica, que supere en importancia a esta que dirige el profesor Orlando, y que durante años se ha realizado, sin decaer un momento. Es preciso recordar el *Manual* de Economía de Schomberg para encontrar una publicación de este tipo tan interesante y tan completa. Las mismas *Bibliotecas* de ciencias políticas y administrativas que dirige en Italia el Sr. Brunialti no pueden compararse con este *Tratado;* no son ni superiores ni inferiores: son otra cosa, responden a otra idea y a otro plan. Son colecciones de monografías y de tratados especiales. Mientras el *Tratado* del profesor Orlando responde a un propósito con unidad de pensamiento, que se revela: 1.°, en la distribución de los materiales, difíciles de dominar, del Derecho administrativo, recogidos y cristalizados en las instituciones, pero a la vez inseguros y a veces indeterminados en el proceso efectivo de la vida de éstas; 2.°, en el criterio aceptado y seguido para la elaboración de los capítulos—monográficos—que en junto forman el contenido del *Tratado;* 3.°, en la idea generadora, o sea en la aspiración misma, que encierra esta idea, de construír una doctrina «nacional» jurídico-positiva del régimen administrativo italiano, que recoja el derecho elaborado por el Estado y fuera de su acción, doctrina que sirva de guía en los ulteriores desenvolvimientos prácticos de dicho régimen administrativo.

El *Tratado* estimase que viene a llenar una laguna en la literatura jurídica italiana. El Derecho administrativo en Italia, al igual que en todos los Estados modernos, alcanza cada día una mayor complejidad;

su esfera, como la de la actividad del Estado mismo, se extiende con una fuerza expansiva creciente y se complica internamente, porque al propio tiempo penetra con intensidad progresiva las necesidades colectivas de la vida moderna.

Sería inútil discutir y comparar el valor e importancia jerárquica de las distintas ciencias jurídicas; «pero que se nos permita consignar un hecho, y es el de que ninguna de las demás ciencias jurídicas ha extendido, en los modernos tiempos, de tal manera el campo de sus aplicaciones y la importancia de su estudio, como el Derecho administrativo».

Y responde esto a varias causas, que el Sr. Orlando procura determinar en las primeras páginas del *Tratado*, según vamos a ver brevemente.

2. — *Sobre la importancia del Derecho administrativo.*

Ante todo, conviene fijarse en el aspecto político del desarrollo del Derecho administrativo. Una de las indicaciones más indiscutibles de la moderna observación científica—dice con razón el autor—«consiste precisamente en el relieve, siempre mayor, que se da a las instituciones administrativas, comparadas con las constitucionales». Parece como que éstas pasan poco a poco a la esfera de lo cristalizado en el Derecho político, formando un fondo común de Derecho positivo, hecho, determinado, mientras las instituciones administrativas se renuevan y ensanchan y complican en el hervor de la vida práctica del Estado. El profesor Orlando, sin embargo, apoya su indicación en otras observaciones.

«Puede afirmarse—dice—que no hay quien, versa-

do en las disciplinas políticas, crea que un pueblo se hace libre con la concesión de una *Carta* o con la amplificación del sufragio, ni que la bondad de las instituciones representativas pueda ni siquiera concebirse sin una buena ordenación de las instituciones administrativas. Antes al contrario, es general la convicción de que la libertad política es cosa bien pobre si no va acompañada de la libertad civil, concepto que implica necesariamente las garantías jurídicas del individuo frente a la acción del Estado, tema eminentemente administrativo.»

Hay en esta observación del jurisconsulto italiano, un fondo de verdad, aunque ésta podría expresarse de otro modo acaso más claro. A mi juicio, existe una estrechísima dependencia entre la *Constitución* y la *Administración*, en virtud de la cual aquélla es una simple fórmula abstracta, cuando no descansa y engendra una sólida base administrativa. La creciente importancia del Derecho administrativo, junto a la mayor consolidación del derecho político, proviene de la marcha misma del proceso histórico de los Estados modernos, merced al cual la Constitución se ha elaborado antes que la Administración, que ha tenido que hacerse o rehacerse, de una parte, como una derivación de los impulsos constitucionales, a la manera de un desarrollo práctico de los principios en la Constitución formulada, y de otra, siguiendo las prolongaciones sociales de la actividad del Estado: —el aumento de los servicios públicos.

Pero sigamos al profesor Orlando.

«Inglaterra, por otro lado, nos ha enseñado que el buen funcionamiento de las instituciones representativas se relaciona indisolublemente con una sana constitución de las entidades locales. La fuerza y la

educación políticas no proceden del centro hacia la periferia, sino más bien viceversa. También este es un problema del orden administrativo»; ciertamente, pero a la vez *político*. No debe olvidarse que la vida local es, en su esencia, política, y que se desorientan los conceptos fundamentales de las ciencias del Estado, cuando se define como un problema de «administración del Estado» el de la vida local. Ésta, en efecto, tiene su aspecto administrativo en relación con la Constitución política del Estado y en relación con ella misma: autonomía local; pero también tiene su aspecto político, en cuanto la vida local exige una constitución propia de Estados particulares y entra como factor positivo, necesario históricamente, de la Constitución del Estado; se sobrentiende, del Estado nacional.

«Por último — añade el Sr. Orlando —, el predominio de las formas parlamentarias ha creado y hecho urgentísimo el peligro de una indebida ingerencia de la política en la administración; de suerte que no se exagera al afirmar que el porvenir de las instituciones parlamentarias dependerá de la determinación de frenos e intervenciones capaces de remover o atenuar aquella continua amenaza.»

Hay un peligro evidente e inmediato siempre en la denunciada intervención abusiva de la *Política* en la *Administración*, en cuanto aquélla suponga una ingerencia del factor inestable, personal, que representa la dirección política, en la marcha *técnica* y *jurídica* de las funciones administrativas. Nada más interesante que el estudio de la función administrativa: él revela, en efecto, las exigencias técnicas, objetivas, que piden una expresión determinada en instituciones de base esencialmente jurídica, *neu-*

trales, o sea fuera de las luchas apasionadas de los partidos.

3. — *La Administración social.*

Hay todavía otras razones que explican esta gran importancia actual del Derecho administrativo. «Si, pues, el centro de gravedad de las cuestiones políticas tiende a cambiar, pasando del campo constitucional al del Derecho administrativo, la importancia de este último aumenta grandemente cuando se atiende al lado económico-social.» No es sólo, diríamos, aceptando las indicaciones que ofrece la misma realidad histórica, la Administración *del* Estado, estrictamente considerada como institución jurídica, la que adquiere singular relieve en la doctrina y en la práctica, sino también esta otra Administración *social* ejercida o fomentada *por* el Estado. A medida que éste afirma su función tutelar de los grandes intereses colectivos, surge necesariamente el organismo técnico-administrativo y una ordenación jurídica que ensancha la esfera de la Administración pública y acentúa la importancia de esta ciencia de la Administración y de esta rama sustantiva del derecho (derecho de la actividad administrativa).

Es de notar el hecho de que «mientras las escuelas científicas disputaban sobre la utilidad de la ingerencia del Estado, ésta, siguiendo un proceso gradual, pero continuo y seguro, se ampliaba y afirmaba en todos los pueblos civilizados. Es este un proceso que se viene realizando hace cerca de tres cuartos de siglo, inadvertido primero, modesto y tolerado después, y hoy ya invasor y triunfante. Si es ello un bien o un mal, si el porvenir reserva una definitiva

afirmación de la ingerencia del Estado en todas las relaciones sociales, o bien se trata de un fenómeno relativamente transitorio, si las formas de la ingerencia deben cambiar más o menos radicalmente y en qué sentido, son todos éstos problemas importantes, sin duda de los más graves que agitan a pensadores y a estadistas, pero que, desde nuestro punto de vista actual, sólo tienen un interés subordinado.

»En el campo del Derecho administrativo — añade—, sea cual fuere la opinión que, desde el punto de vista filosófico y social, se tenga sobre los fines del Estado en relación con el individuo, queda siempre el hecho, material e innegable, de la multiplicación de los servicios públicos que la ingerencia social presupone, y que, por virtud de su misma existencia, se convierten, sin más, en materia integrante de la ciencia administrativa.

»Causas históricas y sociales irresistibles han determinado una manera de atender a la defensa nacional, mediante la imponente creación de la fuerza armada: el conjunto de los servicios administrativos que el Ejército y la Marina militar exigen da lugar a una vastísima materia de estudio en nuestro derecho. El Estado moderno comprende entre sus fines el amplio auxilio al desenvolvimiento de la cultura en todas sus ramas, y así se forma una gran sección del Derecho administrativo relativo a la instrucción pública: el saneamiento de los grandes centros urbanos, el estudio de los modos de prevenir y combatir el desenvolvimiento de los contagios y enfermedades..., las obras públicas..., la Marina mercante, los Correos y Telégrafos, las instituciones de crédito, la asistencia pública, las llamadas leyes sociales en sentido estricto...» ¡Qué de servicios imponen todas estas manifes-

taciones de la vida colectiva al Estado, en su función tutelar de acción social!... ¡Cómo se amplía y complica la tarea propia de la Administración, a la vez que se genera la inevitable ordenación jurídica, defensora e impulsora al propio tiempo!

Y no debe olvidarse que todo este movimiento social, jurídico, administrativo, tiene necesariamente sus repercusiones económicas o, más estrictamente, financieras, dando lugar a una compleja administración financiera, cada día más difícil. El profesor Orlando señala oportunamente esta relación.

4.—*El criterio del Tratado.*

Y he ahí los motivos reales, históricos, que justifican plenamente la atención especial que los estadistas, los juristas y los sociólogos, dispensan a la ciencia de la Administración, como Administración *política* y como Administración *social*.

Y esos motivos son los que han determinado al profesor Orlando a acometer esta importante empresa del *Tratado*. La situación de la rama jurídica a que se refiere, en Italia y en todas partes, pide estos esfuerzos ordenadores de revisión histórica, de condensación doctrinal, y, a ser posible, de verdadera construcción jurídica.

«De estas brevísimas indicaciones—escribe el autor—resultará justificada la afirmación hecha, según la cual ninguna de las disciplinas jurídicas comprende tanta parte del mundo moderno como el Derecho administrativo.»

La obra de Orlando, como antes indicamos, es una obra colectiva. El sabio profesor y publicista, insigne

político, la dirige; pero ha querido recoger en ella, mediante una calculada colaboración, diversas representaciones que en Italia trabajan en la formación doctrinal de la importante rama jurídica. Lo exigía las proporciones mismas de la obra (de varios tomos); no era labor para un hombre. «Preferimos—escribe nuestro autor—el sistema de dividir la obra en monografías, sistemáticamente coordinadas y confiadas a autores diversos, no sólo para utilizar mejor las competencias especiales, sino también porque la necesidad de trabajar casi siempre de primera mano hacía imposible que la labor de uno solo bastase... Por lo demás, las diversas monografías responden a un sistema rigurosamente acordado...»

Además se ajustan a un criterio metódico. Se trata de una exposición, hasta donde sea posible, completa, de las instituciones administrativas vigentes en Italia y de los principios que las regulan. Las discusiones filosóficas o sociológicas, las referencias históricas y de legislación comparada se harán con gran sobriedad, dice el profesor Orlando, en cuanto sirvan a la mejor inteligencia de los principios.

5. — *Introducción al Derecho administrativo.*

Expuesto con el detenimiento indispensable cuanto se refiere a la justificación, orientación y criterio general del *Tratado* del profesor Orlando, importa ahora considerar los conceptos fundamentales del Derecho administrativo que sirven de base al sistema que en el *Tratado* se desarrolla, y exponer, por fin, los rasgos principales de aquél. Utilizaremos para todo esto la primera monografía del propio profesor

Orlando, que constituye una *Introducción al Derecho administrativo*, en la cual aborda el ilustre autor aquellos problemas previos que surgen lógicamente al intentar cualquier sistematización o construcción de un disciplina científica, a saber: los problemas del concepto de la ciencia de que se trata, de la determinación de su campo, de la indicación de su plan, etcétera, etc. Orlando explica el contenido de su *Introducción*, indicando que en ella se investigan los *supuestos del Derecho administrativo* y se define y expone su *sistema*, y recogiendo todas las doctrinas que los supuestos del sistema entrañan bajo estos dos epígrafes generales de los dos libros en que se divide la *Introducción*, a saber: I, *Las teorías fundamentales;* II, *El sistema del Derecho administrativo.*

La indicación bibliográfica presente se circunscribirá exclusivamente a la *Introducción* del profesor Orlando, y esto por varias razones. La primera, porque en la *Introducción* se contienen las ideas generadoras del *Tratado*, que son las ideas generadoras además del *sistema:* su análisis procura las nociones que importan para comprender la tendencia que en la formación del Derecho administrativo contemporáneo representa o sigue la obra de Orlando y sus colaboradores. Por otra parte, en estas notas no es posible proponerse una indicación de los múltiples problemas que un sistema completo de Derecho administrativo suscita y da por resueltos; no cabe hacer otra cosa que fijarse en las cuestiones más generales. Y no sólo esto: la índole colectiva y monográfica del *Tratado* dificulta de una manera extraordinaria todo intento de análisis detenido de los diferentes capítulos del sistema.

6.— *Las teorías fundamentales.*

Las teorías fundamentales que expone el profesor Orlando son las teorías políticas en que ha de cimentarse lógicamente el *sistema del Derecho administrativo:* revelan el enlace filosófico—reflejo de un enlace o relación real y positiva—de la Administración con el Estado; no se trata todavía de *doctrinas administrativas*, pero éstas las suponen y piden como indicación, primero, de la posición efectiva del objeto del Derecho administrativo en la realidad política, y segundo, del criterio general que preside, o debe presidir, en el desarrollo especial del *sistema.*

Cuando en una exposición del Derecho administrativo se prescinde de considerar expresamente las doctrinas *políticas* fundamentales, no quiere esto decir que se construya aquella disciplina especial con una sustantividad absoluta, sin nexo con la ciencia política: las *teorías fundamentales* van implícitas, se dan por *supuestas*, y a cada momento se observará su penetración por todo el *sistema del Derecho administrativo.*

Para el Sr. Orlando, la primera noción fundamental presupuesta en el Derecho administrativo es la del *Estado.* Y añade para justificar su aserto: «El Derecho administrativo no es más que una rama del derecho público, esto es, de aquel derecho que, según el mismo origen etimológico del calificativo «público», estudia precisamente los principios jurídicos que regulan el Estado.» Y para evitar, sin duda, las interpretaciones a que el derecho público se presta, apunta el autor que Derecho público, en sentido latísimo, «equivale a derecho del Estado», *Staastsrechts*, de los ale-

manes, o *Derecho político*, que diríamos nosotros: el Derecho administrativo, en rigor, se funde en su raíz con el político, en cuanto, como éste, es derecho del Estado (1).

No es posible seguir en esta nota la exposición del concepto del Estado que hace el profesor Orlando, y que comprende el análisis de las ideas generadoras y aclaratorias de *Sociedad* y *Derecho*. Como indicación principal de sus ideas bastará este párrafo característico:

«La sociedad constituye el elemento *material* del Estado, esto es, la convivencia de los hombres de donde el Estado surge... Pero en el orden social impera un elemento atomístico, en cuanto las relaciones de hombre a hombre se determinan por el fin egoísta de la satisfacción de las necesidades individuales: de suerte que todo hombre tendería a obtener para sí la mayor suma de ventajas posibles... Y como esta tendencia, si no fuese refrenada, obraría como fuerza disolvente de la sociedad misma, surge de un modo no menos necesario una ordenación obligatoria de la sociedad que asegure su existencia mediante reglas de derecho, y surge también el Estado: derecho y Estado son términos que se integran...» «El Estado, añade, es la manifestación más alta del derecho», es, diríamos, «la organización jurídica de la sociedad».

Desarrolladas estas ideas, siguiendo las corrientes de la concepción del Estado jurídico, se afirma la *personalidad jurídica del Estado*, enlazada con la idea del Poder que esta personalidad supone, o sea la *Soberanía* en relación con la capacidad jurídica del Estado.

---

(1) Recuérdese nuestro punto de vista expuesto en el § 5.º del capítulo I de la *Introducción*.

Pero la indicación explicativa inmediata del enlace de las nociones presupuestas—nociones políticas fundamentales—con el Derecho administrativo está contenida en la idea del *Estado constitucional,* como expresión esta que, respondiendo a la concepción del Estado jurídico, plantea el problema en términos concretos y con respecto al Estado contemporáneo (Estado *constitucional* por excelencia), diferenciado en su estructura y en sus funciones, según el supuesto más o menos explícito y aceptable de la *división de los poderes.* Por último, el profesor Orlando se refiere, como a teoría fundamental presupuesta en el Derecho administrativo, a la de las *relaciones del Estado con el individuo.*

7.— *El sistema del Derecho administrativo.*

Es este un estudio verdaderamente interesante, en el cual se nos ofrece: primero, una ojeada sobre la formación científica del Derecho administrativo; segundo, una definición de la ciencia, rigurosamente elaborada; tercero, una doctrina sobre la distinción entre el Derecho administrativo y la ciencia de la Administración, y cuarto, la división—bosquejo del *sistema*—del Derecho administrativo.

Sólo brevísimas palabras acerca de cada una de estas cuestiones:

1.ª La ciencia del Derecho administrativo es de formación reciente, y en esta formación, esencialmente histórica, se reflejan los influjos inmediatos que la determinan. En efecto, una doctrina general del Derecho administrativo tiene necesariamente que recoger, anotar y quizá componer el dualismo originario representado por las escuelas *francesa* y *alemana.* El

autor expone estos dos orígenes del Derecho administrativo, caracterizándolos comparativamente y completando la exposición con el estudio de la formación del Derecho administrativo italiano (1).

2.ª La definición de la ciencia va precedida de un análisis crítico muy interesante de las opiniones dominantes. Para determinar su propio concepto, el señor Orlando alude al amplio y comprensivo del Derecho *público—interno—*, con la distinción de éste en *Derecho constitucional* y *Derecho administrativo:* ambos se refieren al Estado. «El Estado, considerado en su ordenación, nos da el concepto de constitución; el Estado, considerado en su fin, nos da el concepto de administración. Y cuando hablamos de fin, y lo atribuímos a una persona consciente y de voluntad, equivale a afirmar que ésta manifiesta una *actividad* encaminada a conseguir aquel fin. Y en cuanto esta actividad del Estado está regulada por el derecho, su estudio científico constituye precisamente el objeto del Derecho administrativo» (2). Pero esta definición es demasiado general: su determinación más precisa ha de resultar del estudio de los conceptos implícitos de la actividad del Estado en relación con sus fines; pero por de pronto la definición ofrece, claramente razonada, la existencia del Derecho administrativo. Esto no obstante, el autor hace un amplio y detenido análisis de la actividad del Estado y de su contenido, que lleva a la explicación del objeto propio de nuestra disciplina. La actividad del Estado tiene tres manifestaciones: «la que se dirige al sostenimiento del derecho

---

(1) Puede verse el capítulo I de nuestra *Introducción.*

(2) Compárese § 5.º del capítulo I de nuestra *Introducción.*

y a la conservación de la paz y del buen orden en la comunidad: *actividad jurídica;* la encaminada a la pura gestión del patrimonio propio: *actividad patrimonial;* la enderezada a provocar la civilización del pueblo en sus varias manifestaciones del bienestar físico, económico e intelectual: *actividad social.* Por lo que se refiere a la competencia científica del Derecho administrativo respecto de estas distintas materias, hemos llegado a la siguiente conclusión cierta: comprendemos en él la actividad jurídica (menos el ejercicio de la jurisdicción) y excluímos la actividad patrimonial...». Pero «queda la actividad social. ¿Forma ésta parte del Derecho administrativo?» En caso afirmativo, ¿en qué relación y cómo? El estudio de este importante problema lleva al autor también a examinar la cuestión que anotamos como tercera, a saber:

3.ª *Las relaciones entre el Derecho administrativo y la ciencia de la Administración.*—El profesor Orlando considera las relaciones en las doctrinas y teorías, y después de analizar las distinciones entre el elemento político y jurídico, el social y el económico, escribe:

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto la conclusión a que se debe llegar. Sentado que toda la grave y amplia materia de la acción social del Estado da lugar a los dos aspectos que hemos distinguido, debe admitirse que toda la parte económico-social ha de quedar fuera de la ciencia del Derecho administrativo... Que todo ese conjunto de conocimientos deba considerarse como parte de otra ciencia—la Economía política—, o como una ciencia autónoma—¿la ciencia de la Administración?—, o como determinante de varias ciencias especiales—Hacien-

da, ciencia del Ejército, etc... Pero desde el momento en que la actividad social del Estado crea una administración a ella referente, que se traduce en instituciones jurídicas, y que está sometida a la ordenación orgánica de principios jurídicos, no puede ponerse en duda que esta materia se comprende en el campo del Derecho administrativo, con el cual tiene de común tanto el presupuesto genérico—derecho—como el específico—Derecho de la administración.

4.ª *La división del Derecho administrativo*—exposición, en bosquejo, del sistema—tiene su principio generador en la definición y en el concepto. El profesor Orlando así lo entiende, y, respondiendo a este criterio lógico, analiza la clasificación del Derecho administrativo, que algunos llaman «clásica» *(personas, cosas* y *acciones)*. «El momento lógico, escribe Orlando, generador de nuestra ciencia, está en la idea de la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines...» El Derecho administrativo se contrae a «aquella actividad, mediante la cual el Estado atiende a la consecución de los fines que le incumben con respecto a su pueblo: administración interior en sentido lato.» Ahora bien: el sistema se desarrolla a partir de este concepto unitario de la administración interior, y siguiendo, mediante el análisis de la realidad misma, sus desdoblamientos efectivos.

La *administración interior*, en efecto, se divide en dos grandes y fundamentales manifestaciones, a saber: la *actividad jurídica* y la *actividad social*. Nos falta espacio para seguir al profesor Orlando en los razonamientos justificativos de los capítulos en que se diferencian estas dos actividades fundamentales; prescindamos de ellos, y para terminar, expondremos en breves líneas las indicaciones generales del plan,

según el resumen del mismo, que el propio Orlando hace en un interesante cuadro.

*
* *

Idea central: La actividad del Estado, que comprende: Medios generales (Ejército y Hacienda).—Administración de asuntos exteriores.—Administración de justicia (ordenación judicial y carcelaria).—*Administración interior:* Análisis y desarrollo de ésta: dos manifestaciones: 1.ª Actividad jurídica, que abarca: *A*) Organización de la administración pública, la cual comprende: *a*) Teoría de las oficinas o dependencias públicas (Ministerios, Consejo de Estado); *b*) Teoría de las circunscripciones administrativas (instituciones locales, Municipios, provincias); *c*) Teoría de las relaciones entre los empleados y las Administraciones públicas.—*B*) Policía y expropiación por utilidad pública.—*C*) Defensa de los ciudadanos frente al acto de la administración: *a*) Ley y reglamento; *b*) Defensa jurisdiccional; *c*) Justicia administrativa.—2.ª Actividad social: *A*) Ingerencia en las relaciones *físicas: a*) Población; *b*) Emigración; *c*) Salud pública.—*B*) Ingerencia en las relaciones *económicas: a*) La producción: I. Agricultura.—II. Caza y pesca.—III. Forestal.—IV. Minas.—V. Legislación industrial y obrera; *b*) Circulación: I. Caminos ordinarios.—II. Navegación.—III. Ferrocarriles.—IV. Correos y Telégrafos.—V. Crédito y Bancos.—VI. Pesas y medidas; *c*) Distribución de la riqueza.—Asistencia pública y obras pías.—*C*) Ingerencia en las relaciones *intelectuales: a*) Instrucción primaria; *b*) Segunda enseñanza; *c*) Enseñanza superior.

VI

EL «DERECHO ADMINISTRATIVO» DE A. BRUNIALTI (1)

Examinando estos días—después de uno o dos años de forzoso olvido—la *Biblioteca Brunialti*, me he encontrado con que se está enriqueciendo la colección de tratados sistemáticos con uno del propio director, Attilio Brunialti, sobre *Derecho administrativo*. No está terminada la obra, pero esto no obsta para que estime oportuno señalarla, reservando, sin embargo, para en su día, el juicio que la construcción merece, como sistema ordenado del Derecho administrativo (2). Por otra parte, en la entrega publicada—*Introducción*—hay elementos suficientes para ver el carácter general del sistema, sus principios generadores, y, por último, cuáles son las opiniones del autor acerca de muy diversas cuestiones capitales.

Son varios los capítulos de la «Introducción al Derecho administrativo» del Sr. Brunialti. En el primero, bajo el epígrafe de «Principios fundamentales», expone o recuerda el autor su idea sobre el Estado. No

---

(1) A. Brunialti: *Diritto amministrative*, en la Biblioteca de *Scienze politiche e administrative*, 1904-1906.

(2) Se escribieron estas líneas cuando el Sr. Brunialti comenzaba a publicar su interesante obra.

tiene, en mi concepto, gran interés este capítulo, que no era absolutamente indispensable. Para dar un fundamento filosófico a cualquier rama de la Política no hace falta exponer por separado su filiación: antes conviene que ésta resulte espontáneamente de los mismos conceptos específicos en que se apoya la rama de que se trata.

Las indagaciones que propiamente importan desde el punto de vista del Derecho administrativo comienzan en el capítulo II, que trata del *Desenvolvimiento, concepto y relaciones del Derecho administrativo*. No aborda Brunialti directamente el concepto de la ciencia: prepara esta labor filosófica previa con una breve pero interesante indicación de la génesis histórica del objeto de su especial estudio. Su punto de vista en el problema de la génesis está claramente expresado en estas líneas: «El Derecho administrativo es una materia relativamente moderna, pero que, no obstante, ha llegado a un grado de perfección que, a pesar de las dificultades todavía graves que se suscitan y de las diferencias inexcusables, permite un estudio completamente científico.» Pero conviene explicar en qué sentido es moderno el Derecho administrativo. Porque si el objeto de éste tiene algo que ver, naturalmente, con la Administración del Estado, puede suponerse que habrá habido Derecho administrativo siempre desde que hay Estados que administrar, es decir, desde que hay Estados. «En rigor—dice el Sr. Brunialti—, el Derecho administrativo, como el constitucional, existe con el Estado, porque, de la propia suerte que no hay Estado que no tenga un modo de ser, es decir, una Constitución, tampoco puede existir un Estado que no esté administrado según ciertas normas. Pero la ciencia del Derecho adminis-

trativo se afirma únicamenta cuando las instituciones administrativas están animadas por la naturaleza misma del hombre y de la sociedad, esto es, cuando tienen en cuenta los principios sobre los cuales descansa el Estado moderno.»

No está esto último demasiado claro. Pero de las explicaciones ulteriores parece inferirse que la ciencia del Derecho administrativo es una consecuencia del progreso, en el sentido de la complicación y diferenciacion del Estado moderno. A mi ver, el Derecho administrativo surge con la afirmación del régimen constitucional como una consecuencianatural de la definición reflexiva de las diversas funciones del Estado.

Dejando a un lado estas consideraciones, el Sr. Brunialti expone, con cierto cuidado, la formación histórica del Derecho administrativo moderno, especialmente como disciplina científica. Puede verse esto bajo los diversos epígrafes destinados a resumir el Derecho administrativo en Francia, Alemania, Inglaterra e Italia, con ligerísimns alusiones á Bélgica y a España. Lo más interesante de esta exposición es lo relativo a Italia, donde, en efecto, la ciencia del Derecho administrativo ha tenido y tiene manifestaciones muy importantes, pudiendo decirse con Orlando (1) que, en efecto, el Derecho administrativo en Italia se afirma de modo que armoniza las opuestas tendencias de las dos escuelas francesa y alemana en un organismo más completo y sólido.

El Sr. Brunialti señala la importancia y las dificultades de la ciencia, y luego habla con gran detenimiento de las relaciones del Derecho administrativo,

---

(1) V. el estudio que más arriba dedicamos al *Tratado* de este escritor.

a partir, primero, de una determinación diferencial de estos tres conceptos fundamentales: la Administración, la Legislación y la Jurisdicción. «Para definir el Derecho administrativo y determinar sus relaciones, especialmente con las demás ramas del derecho público, debemos tratar de determinar, ante todo, el concepto de la Administración, distinguiéndolo, sobre todo, de las de Legislación y Jurisdición.»

¿Y qué es la Administración? «La Administración es la actividad concreta, con la cual el Estado ejerce su acción en los límites que le trazan las leyes, bajo la intervención y las *conminatorias* de la jurisdicción.» Esta definición, claro es, no puede tomarse como una verdadera expresión sintética de lo que propiamente *es* la Administración desde el punto de vista del *contenido:* tiene sólo un valor formal.

Al determinar la definición y los límites del Derecho administrativo, el Sr. Brunialti escribe lo siguiente: «El Derecho administrativo, como la misma Administración, tiene un sentido lato y un sentido estricto. En el primero abraza toda la acción del Estado en cuanto no legisle o no decida una contienda en que sea parte; en el segundo se limita a la acción enderezada a los diversos intentos de bienestar y de policía.»

En el estudio de las relaciones del Derecho administrativo se examinan las de éste con el constitucional, con la ciencia de la Administración pública (la más importante para fijar los conceptos de Derecho administrativo y administración), con el Derecho penal, con la Estadística, con las demás ciencias.

Examina el autor en otro capítulo el problema complejo y capital de las fuentes del Derecho administrativo: primero, de una manera general, y luego, especialmente estudiando las leyes, los reglamentos

(esto con particular detenimiento y competencia), los decretos, la ciencia, etc. Desde el punto de vista de lo que pudiéramos llamar la técnica especial del Derecho administrativo, este capítulo es quizá lo mejor de la Introducción de Brunialti. El capítulo IV no tiene un interés tan general, pues trata del desenvolvimiento histórico del Derecho administrativo italiano; pero revela en él nuestro autor un gran dominio del material utilizado.

Por último, en el capítulo V estudia Brunialti el interesante problema de la división del Derecho administrativo. No podemos ya detenernos en el examen de este punto, tan difícil y de tan singular importancia en la sistematización de la ciencia. Alude nuestro autor precisamente a las dificultades del asunto, y luego expone las divisiones propuestas por algunos escritores; pero repito que no podemos detenernos ya en el examen del problema, por lo cual, para terminar, he de limitarme a indicar brevísimamente la división que el propio Brunialti acepta.

En tres partes distribuye el distinguido autor la materia, a saber: Primera: la Introducción.—Segunda: Principios generales, que comprenden tres Secciones: I. Relaciones del Derecho administrativo y determinación de su contenido. II. Ordenamiento de la Administración pública. III. Protección de las relaciones administrativas (jurisdicción, responsabilidad, etcétera).—Tercera parte, o sea *parte especial*, que comprende varias secciones o tratados: I. Servicios esenciales de Estado (policía, defensa y servicio militar, impuestos). II. Servicios públicos del Estado (beneficencia, enseñanza, comunicaciones, etc.). III. La propiedad pública. IV. La propiedad privada (relaciones, servidumbres públicas, expropiación, etc.).

VII

EL «DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO», POR P. ERRERA (1).

1.—*Indicación general.*

Un excelente y útil Manual de Derecho *público* positivo: no abarca, en rigor, todo lo que en una exposición de Derecho *público* podría comprenderse, pues se refiere a la vida y organización política de ese Estado: el *belga*, y contiene una sistematización del *Derecho político o público* (interno), concebido de manera amplia, toda vez que, como el mismo título del libro indica, no se contrae el trabajo del profesor Errera al análisis de la *Constitución*, sino que comprende también el de la *Administración*, ambas consideradas como el contenido respectivo de dos ramas jurídicas: el Derecho *constitucional* y el Derecho *administrativo*. Y es una exposición la de este tratado verdaderamente *positiva*, es decir, ceñida a los términos definidos de un derecho actual vigente. No hay, en efecto, verdadera introducción de carácter general, encaminada a orientar al lector respecto del criterio que el autor mantiene, tanto en la sistematización del estu-

(1) *Traité de Droit public belge: Droit constitutionel, Droit administratif*, por Paul Errera. Un volumen, Paris.

dio como en la apreciación de las instituciones. Nada de eso: el profesor Errera, después de un brevísimo prólogo y de una nota bibliográfica no demasiado copiosa, aunque quizá suficiente para el objeto, aborda, desde luego, un primer problema, capital en toda exposición de un derecho positivo: el problema de las *fuentes legislativas*. Inmediatamente se inicia el Derecho constitucional con el análisis histórico y directo de la Constitución belga. El estudio de las fuentes tiene, ante todo, un carácter histórico; se impone esta relación histórica en la determinación de un sistema político como el belga, que surge en un momento dado, a consecuencia de movimientos *históricos* de extraordinaria importancia en la formación de ese Estado *nacional*. El profesor Errera, en este capítulo de los orígenes y fuentes, recuerda: 1.° El período francés de la vida política belga: «Es—dice—casi inútil remontarse más allá de 1759 para encontrar las fuentes legislativas del Derecho público belga. Del antiguo régimen sólo conservan su vigor algunas disposiciones francesas, publicadas en Bélgica cuando nuestra conquista por los ejércitos de la República»; 2.° El período holandés: «La Monarquía constitucional representativa existía en Holanda desde el 29 de marzo de 1814. Esta ley fundamental es la que sirvió de tipo a la que nos ha regido hasta 1830. Desde el 24 de agosto de 1815, las leyes y los decretos holandeses son aplicables a todo el reino de los Países Bajos.» La legislación de este período, inmediatamente anterior a la independencia, respondió a principios políticos y constitucionales más o menos diferentes de los que aceptan luego los belgas; pero esa legislación tiene su influjo en la vida política ulterior: era imposible borrar todo antecedente; 3.° El Gobierno provi-

sional: Se inicia el nuevo período y la nueva Constitución política de Bélgica en 1830; la revolución belga no pudo contenerse: el 4 de octubre, el Gobierno provisional declaraba que las provincias violentamente separadas de Holanda constituían un Estado independiente; 4.º El Congreso nacional: Se reunió el 10 de noviembre de 1830; el 12, el Gobierno resignó en el Congreso sus poderes y éste asume entonces la plenitud de la representación soberana. «En adelante, las leyes son en Bélgica la obra del Congreso nacional. El decreto del Congreso de 7 de febrero de 1831, que contiene la Constitución de Bélgica, no modificó esta situación.» Bélgica vivió algún tiempo bajo una regencia: el 21 de julio de 1831, Leopoldo I prestó su juramento, cesó la regencia y se disolvió el Congreso, comenzando ya la vida normal de la Monarquía constitucional belga; 5.º La legislación belga propiamente dicha.

2.—*La costumbre como fuente de derecho.*

El profesor Errera se plantea, antes de dar por terminada su breve exposición de las fuentes legislativas, una interesante cuestión, que siempre hemos estimado de esencial importancia en la definición positiva de todo Derecho político (1), aunque con más frecuencia se formule con relación al Derecho civil: me refiero al valor de la *costumbre* como fuente del derecho.

«¿Se debe considerar—dice el profesor Errera—la

(1) Puede verse el capítulo IV de nuestra *Introducción* en este volumen.

costumbre como una de las fuentes de nuestro Derecho público?» Incontestablemente, responde: La costumbre es la que diferencia las instituciones de los distintos países, aun cuando los textos sean idénticos o semejantes. «¿Quién podrá, por ejemplo, con la sola lectura de las Constituciones belga y prusiana, sondear el abismo político que separa los dos reinos? Las mismas nociones de monarquía constitucional y parlamentaria son totalmente consuetudinarias.» El origen de las instituciones representativas en el país de donde provienen, en Inglaterra, tiene, en efecto, un carácter consuetudinario. Sólo atendiendo al elemento puramente exterior y formal, a la expresión en que en América y en el Continente europeo ha cristalizado el régimen político moderno (las *Constituciones)* ha podido sostenerse que el Derecho constitucional es un derecho *escrito, legislado*, obra, por ende, de pura reflexión, de arte quizá. Hay, sin duda, en la generación, por imitación del régimen constitucional, una fuerte intervención de la acción legislativa; pero la adaptación del régimen a las condiciones de cada pueblo ha sido y es, en gran parte, obra de la costumbre.

«Se ha dicho y repetido—escribe el Sr. Errera—que el régimen parlamentario, no escrito en su país de origen, ha persistido así en todos sus países de adopción. Nos basta recordar las reglas de la responsabilidad política de los Ministros ante las Cámaras, que no están formuladas en parte alguna de la Constitución. No podríamos comprender un Ministerio designado por el Rey fuera de las mayorías parlamentarias, ni el sostenimiento en el poder del Gabinete, luego que dichas mayorías hubieran cambiado. La existencia y la función de un primer Ministro no están

previstas en los textos. La costumbre también es la que impone al Rey la disolución de las Cámaras, o de una de ellas, en los casos de conflicto entre las mismas o con el Ministerio...»

Pero ¿no hay más que esta costumbre de adaptación positiva? ¿No hay, al lado de la costumbre introductiva, una costumbre que suprime, que modifica, derogando lo legalmente establecido? ¿Se circunscribe la acción de la costumbre en el Derecho belga a esta función complementaria de desentrañar el espíritu de la Constitución para acomodar su texto a las exigencias mecánicas de la armonía de los poderes públicos? «Es preciso admitir—dice nuestro autor—que ciertas instituciones del Derecho escrito han caído en desuso, hasta el punto de no existir de una manera viva y actual en Bélgica. Citaremos, en el Derecho represivo, la pena de muerte...; en el Derecho público estimamos que el veto absoluto no podría hoy ejercerse por el Rey. No diremos que este desuso equivalga a una derogación: el Derecho público escrito no conoce derogación tácita.» Pero ¿qué importa que el Derecho escrito no admita costumbre derogatoria? Cuando se trate de una comprensión real y positiva de la vida efectiva de un derecho, es preciso penetrar en lo íntimo de las instituciones para ver cómo, en efecto, funcionan siguiendo o contrariando el Derecho escrito. Y si resulta que tal o cual precepto escrito no se aplica, ni puede aplicarse, sin violentar las normas impuestas por una costumbre consagrada, resultará que el Derecho *positivo* será el de la costumbre y no el del precepto escrito. En el fondo, esta doctrina es la que inspira esta interesante declaración del profesor Errera. «La aplicación—escribe—de una disposición en desuso, puede ser tan

contraria a la opinión pública, que la revolución sea su consecuencia. Por nada del mundo quisiéramos ver que se intentase en Bélgica la aventura de una negativa de sanción para una ley de alguna importancia...»

3.—*El Derecho constitucional.*

Según queda indicado, el *Tratado* del profesor de la Universidad de Bruselas comprende dos partes: la primera, de *Derecho constitucional*, y la segunda, de *Derecho administrativo*. Resumiremos brevemente el contenido de cada una de estas dos parte.

El Derecho constitucional se elabora, a partir de una detenida explicación de la Constitución belga, en cuatro interesantes capítulos: el primero, dedicado al estudio del establecimiento de la Constitución; el segundo, al plan de ésta como expresión formal del Estado; el tercero, a la suspensión de la Constitución, en cuanto ésta es régimen de garantías, y el cuarto, a la revisión constitucional.

A partir de este análisis del documento, que contiene las bases jurídicas del Estado, se desarrolla en el *Tratado* el sistema político belga bajo estos epígrafes:

1.° Los elementos constitutivos del Estado: el territorio, las colonias, la población.

2.° Las garantías de las libertades individuales, o sea el sistema constitucional y jurídico de la personatidad (libertad individual, igualdad ante la ley, propiedad, etc., etc.).

3.° La organización del Estado, o sea una exposición del sistema de gobierno, como Monarquía cons-

titucional representativa, sobre la base de la división de los Poderes.

4.° La Hacienda pública.

5.° La fuerza pública.

6.° Las instituciones provinciales y municipales.

7.° Las relaciones internacionales, aludiendo especialmente a la neutralidad belga.

4.—*El Derecho administrativo.*

El Derecho administrativo es, en principio, el desenvolvimiento práctico y funcional de la Constitución, y como el constitucional, se desarrolla en títulos indicados bajo los siguientes epígrafes:

1.° La Administración pública: Doctrina general de los funcionarios.

2.° El patrimonio del Estado: El dominio público: Doctrinas de la expropiación forzosa, de las obras públicas, de los impuestos.

3.° Organización de la fuerza pública, o sea desarrollo de los principios fundamentales sobre organización del Ejército, la jurisdicción militar, la instrucción militar, etc., etc.

4.° La organización regional y local, o sea la exposición detallada del régimen de las provincias y de los municipios.

5.° La enseñanza en sus diversos grados.

6.° Lo temporal de los cultos, con la exposición de la situación jurídica de la Iglesia católica y de otros cultos.

7.° La beneficencia pública.

8.° El derecho de fundación.

9.° La policía administrativa.

10. El comercio y el crédito (el comercio, pesas, medidas, monedas, instituciones de crédito).

11. Vías y medios de comunicación.

12. El suelo y el subsuelo: agricultura, montes, caza y pesca, minas.

13. La legislación social: estudio detenido de la intervención legislativa y tutelar del Estado en la cuestión social, y, especialmente, en el problema obrero.

14. Policía de los derechos intelectuales: patentes, marcas de fábrica, propiedad literaria y artística.

VIII

EL «DERECHO ADMINISTRATIVO DE LOS ESTADOS UNIDOS», POR F. J. GOODNOW (1)

1.—*La existencia del Derecho administrativo.*

El autor de este libro no es desconocido en España. Tiempo hace que se tradujo y publicó una de sus obras principales: el *Derecho administrativo comparado* (2 volúmenes): la que ahora se nos da en francés, y que vió la luz en inglés el año 1905, es un estudio del Derecho administrativo norteamericano. El interés de esta obra es excepcional. Un *Derecho administrativo* de estructura anglosajona tiene que despertar especial curiosidad en el político latino. «Se ha repetido muchas veces la fórmula—dice M. Jèze—que los anglosajones no tienen Derecho administrativo.» «En el Continente europeo—escribe el propio Goodnow—, los términos «Derecho administrativo» han sido aceptados en el vocabulario de los escritores jurídicos, y ningún curso de estudios jurídicos se considera completo si no llama más o menos la atención sobre ese asunto. En Inglaterra, por el contrario, lo

(1) *Les principes du Droit administratif des Etats-Unis*, por Frank J. Goodnow; 1 vol., 613 páginas.—Paris, Giard et Brière, éd., 1907.

mismo que en los Estados Unidos, el Derecho administrativo se ha desconocido generalmente como rama jurídica, salvo por los autores que han sufrido directas influencias del pensamiento continental. Algunos escritores ingleses, tales como, por ejemplo, M. Dicey, niegan hasta la posibilidad de su existencia.»

No hace falta, en verdad, ir a los países anglosajones para ver puesta en pleito, si no la realidad histórica del Derecho administrativo, su sustantividad jurídica como rama o disciplina independiente del derecho político. Entre nosotros, algún distinguido profesor ha sostenido la inclusión del Derecho administrativo en el político, como un factor subordinado, y yo he defendido alguna vez la doctrina contraria, por estimar que, aunque el Derecho administrativo tiene su base en la constitución política, se ha diferenciado, en razón de la especialidad y complejidad de su objeto, hasta convertirse en rama sustantiva.

Conviene, sin embargo, advertir que el desconocimiento de un Derecho administrativo por los escritores anglosajones tiene otro alcance. Estímase con frecuencia que los países de *self-government*, en donde no existe el engranaje jerárquico de una Administración burocratizada, en donde la acción práctica de la política es obra de una colaboración espontánea de los elementos sociales, estímase, digo, que en esos países no hay verdadero Derecho administrativo, el cual es una creación genuinamente francesa. Pero M. Goodnow se separa de esta opinión. «*Los principios del Derecho administrativo de los Estados Unidos* del profesor Goodnow—escribe M. Jèze—son la demostración de lo contrario», es decir, una demostración contraria a la fórmula que estima que no hay

Derecho administrativo anglosajón. «Es una de esas raras obras en las cuales un jurisconsulto de lengua inglesa presenta una exposición sistemática y general del Derecho administrativo vigente de los Estados Unidos.»

En opinión de M. Goodnow, la negativa de M. Dicey a reconocer la posibilidad de la existencia del Derecho administrativo en los países de sistema jurídico inglés, se debe a una concepción errónea. «Según él—añade—, ese término—que es, en inglés, una traducción del francés—ha sido en su origen, y lo es hoy, empleado por los franceses para designar las reglas de derecho en virtud de las cuales los funcionarios administrativos no son civilmente responsables ante los Tribunales; en su consecuencia, esas reglas son incompatibles con el espíritu de las instituciones inglesas.»

Pero añade el profesor Goodnow: «Cierto que las reglas de derecho que los franceses llaman administrativas comprenden reglas que no tienen ninguna fuerza en Inglaterra, ni en los Estados Unidos»; a mi juicio, «el Derecho administrativo francés tiene su técnica y su estructura especial, obra del particular desarrollo histórico nacional, unificado, del Estado francés, bajo el antiguo régimen y bajo Napoleón, y luego, según el espíritu *legista* del liberalismo»; pero, como advierte Goodnow, el Derecho administrativo francés tiene más ancho campo que el que suponen las reglas que Dicey señala, y abarca «muchas materias que son y que deben ser objeto de una reglamentación jurídica en los países de lengua inglesa». Y no sólo esto: hay un fondo real en la vida del Estado, que constituye necesariamente el objeto propio de su Derecho administrativo. Y porque existe ese fondo

real en todo Estado, se puede afirmar, sin reservas, con M. Goodnow, que «el Derecho administrativo, empleando las palabras en su sentido propio, existe y debe existir en todos los países que han alcanzado un desenvolvimiento político digno de este nombre».

2.—*Definición.*

Y ¿qué es lo que M. Goodnow entiende por Derecho administrativo? M. Goodnow, antes de determinar el concepto de la rama jurídica como tal, procediendo con lógica, indaga la naturaleza del objeto real—en el Estado—de la misma: la Administración como función de gobierno. Porque el Derecho administrativo es, en definitiva, la ordenación jurídica de la Administración. Ante todo—escribe M. Goodnow—, «se puede decir que la Administración se refiere al sistema gubernamental en su funcionamiento activo». La Administración, teóricamente, no debería tener nada que ver con la organización de gobierno: esto corresponde al Derecho constitucional. «El Derecho constitucional trata de la anatomía del gobierno; el Derecho administrativo y la Administración tratan de las funciones, de la fisiología, por decirlo así, del gobierno.»

Si hiciéramos crítica, algo tendríamos que oponer a estas indicaciones del profesor de Nueva York; el funcionamiento de la soberanía—esencialmente constitucional—no nos parece pura anatomía.

Pero continuemos con el concepto que desarrolla el distinguido profesor.

De una segunda indicación, hecha para razonar la necesidad de completar el estudio de la organiza-

ción gubernamental, infiérese que en la Administración se completa ese estudio, pues «el de la Administración está consagrado a las funciones reales del gobierno, y es, por tanto, adecuado, para corregir las impresiones que provienen de un examen de las cuestiones de organización, las cuales, desde el punto de vista del carácter real del gobierno, constituyen impresiones incorrectas».

Lo que induce a pensar que el profesor Goodnow estima como obra de Administración todo el aspecto práctico, efectivo, directo, del funcionamiento del Estado.

Lo dice con más claridad a continuación:

«La Administración y el Derecho administrativo tratan del funcionamiento del sistema de gobierno, o, en otros términos, de las operaciones efectivas de la vida política.»

Pero «¿cuáles son las operaciones efectivas de la vida política que interesan en el estudio de la Administración y del Derecho administrativo? Esas operaciones se agrupan naturalmente bajo dos epígrafes. Consisten, ya sea en operaciones necesarias para la expresión de la voluntad política, ya sea en operaciones necesarias para la ejecución de esta voluntad. La voluntad política debe expresarse antes de que pueda efectuarse una acción política. La voluntad política debe ejecutarse luego que haya sido expresada, si la voluntad ha de dar lugar a una acción política».

Y en la distinción de los términos «expresión» y «ejecución» de la voluntad del Estado, está la determinación de lo administrativo para M. Goodnow. Ambas palabras señalan funciones del Estado: en este sentido, la concepción política general del profesor americano es dinámica. «La política—dice—

trata de la línea de conducta que se ha de seguir o de la expresión de la voluntad del Estado. La Administración trata de la ejecución de esa línea de conducta.»

3. — *La función administrativa y el Derecho administrativo.*

El empleo—escribe—de la palabra «Administración» para indicar la función de ejecutar la voluntad del Estado pide más amplias explicaciones. Cuando va acompañada del artículo definido, esa palabra se usa para designar una organización. «La Administración», en el lenguaje corriente, se refiere a las autoridades administrativas. Y por eso, «la palabra «Administración», empleada para indicar la función, es susceptible de sugerir la idea de que la función de la Administración consiste exclusivamente en la obra de lo que se llama las autoridades ejecutivas o administrativas, cuando se las considera monopolizando el cumplimiento de la función de la Administración».

Pero esto exige alguna rectificación, que M. Goodnow busca, mediante un interesante análisis de las funciones políticas, y la doctrina de la subordinación de la Administración a la intervención de la política, intervención que se ejerce, bien sea en virtud de prescripciones expresas de la Constitución, bien produciéndose aquélla «fuera del gobierno», como en Inglaterra.

Son verdaderamente dignas de especial consideración las indicaciones que M. Goodnow hace para determinar la posición de la función administrativa ante la política. Para dar una idea de su sistema, nos

limitamos a copiar alguna de las más importantes declaciones:

«Hasta que se haya reconocido—escribe—que el gobierno debe ser administrado como la justicia lo es, sin tener en cuenta los efectos que ello pueda producir sobre los partidos, es decir, sin atender a los efectos de la acción gubernamental sobre la expresión futura de la voluntad del Estado, puede ponerse en duda que nos veamos libres de la tiranía de los partidos. En otros términos: es necesario, para la buena conducta del gobierno, que se reconozca una función, la cual puede llamarse, a falta de un nombre mejor, Administración. El cumplimiento de esta función consiste en ejecutar imparcial y eficazmente la ley formulada por el Cuerpo legislativo...»; más claro: la «función de Administración es la ejecución, en materia no judicial, de la ley o de la voluntad del Estado, tal cual se expresa por la autoridad competente.»

¿Qué entiende M. Goodnow concretamente por Derecho administrativo?

Desde el punto de vista en que se ha colocado, el Derecho administrativo «se ocupará exclusivamente de la Administración»; pero—añade—en la terminología jurídica corriente, su objeto es más amplio. El Derecho administrativo trata de la función de la Administración, es decir, de la ejecución de la ley, determinando la competencia del ejecutivo o de los funcionarios administrativos del Gobierno; pero, además, completa el Derecho constitucional. «En efecto—añade—: si en teoría, el Derecho constitucional debe regular por entero la organización y la estructura del Gobierno, de hecho trata sólo de la forma general del Gobierno y de las relaciones respectivas de las autoridades gubernamentales más importantes. El Dere-

cho administrativo toma esta obra allí donde el constitucional la deja, y realiza, en sus más pequeños detalles, el plan general de organización gubernamental establecido por el Derecho constitucional.»

Esto no obstante, M. Goodnow no insiste demasiado en este punto de vista, a mi ver, empírico, y vuelve al concepto según el cual el Derecho administrativo se refiere a la ejecución de la ley, definiéndole en estos términos: «El Derecho administrativo es aquella parte del derecho que fija la organización y determina la competencia de las Autoridades encargadas de ejecutar la ley y que indica a los individuos los remedios para la violación de sus derechos.»

4.—*El plan.*

Veamos brevemente el plan del libro de M. Goodnow. Por de pronto, el autor afirma que, dada la definición, el Derecho administrativo tiene que tratar: 1.°, de la organización administrativa, y 2.°, de los poderes y deberes de los funcionarios administrativos. Reducida así la esfera del Derecho administrativo, no debe comprender el contenido de los servicios; contráese a la organización del Poder y a la forma de su funcionamiento.

El desarrollo del plan, a partir de este concepto general, se efectúa del modo siguiente:

I. Un amplio análisis de la teoría de la separación de los Poderes del Estado: *a*) Funciones ejecutivas de la legislatura; *b*) Funciones legislativas del ejecutivo.

II. Administración central: Un estudio profundo de la organización americana, del mayor interés.

III. Administración local: Las Corporaciones loca-

les en los Estados Unidos: Historia.—Administración local rural en los Estados Unidos.—Organización municipal.

IV. La Función pública: Funciones y funcionarios.—Derechos y deberes de los funcionarios.

V. Métodos y formas de la acción administrativa.

VI. Intervención en la Administración: Métodos: disciplina, dirección, inspección.—Intervención judicial: De los Tribunales civiles, de los Tribunales criminales, de los remedios judiciales extraordinarios.—Intervención legislativa en los abusos administrativos especiales: Inspección financiera.

IX

«LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO», POR VIVEIROS DE CASTRO (1)

El Derecho administrativo, como rama jurídica sustantiva, es obra del espíritu político contemporáneo; y es también obra de este espíritu, en su acción más reciente, la diferenciación teórica, doctrinal, de la Administración como objeto de ciencia, y del Derecho administrativo como disciplina jurídica. Hay en esto un movimiento digno de ser notado. El Derecho administrativo se ha formado en los Estados modernos, constitucionales, merced a la distinción de funciones políticas y a causa de la creación de las nuevas necesidades sociales, producidas por la creciente complejidad de la vida local y nacional, esto es, en el orden histórico, el Derecho administrativo viene a consagrar jurídicamente el contenido social de la Administración. Esto no obstante, en la evolución de las doctrinas, la distinción entre el contenido social del Derecho administrativo y el lado jurídico que éste supone se produce más tarde, cuando el Derecho administrativo alcanza la complejidad que tiene en

(1) *Tratado de Sciencia da Administração e Direito administrativo,* por el doctor Augusto Olympio Viveiros de Castro. Un volumen; Rio de Janeiro, 1906.

los grandes Estados, y se advierte la necesidad de diferenciar el objeto de la Administración—las materias administrativas—de la ordenación formal de la vida administrativa — el régimen administrativo—, dando lugar a estas dos disciplinas a que se refiere el doctor Viveiros de Castro en la obra que vamos a examinar: de un lado, la *ciencia de la Administración*, y de otro, el *Derecho administrativo*.

Si en la historia general política, aun de los pueblos viejos de Europa, la formación de estas disciplinas y de su contenido propio, real, positivo, es de fecha reciente, aun lo es más en aquellos otros pueblos nuevos como el Brasil, cuya evolución política fundamental, de verdadera integración, no tiene los raigambres lejanos que la de Francia o Inglaterra, por ejemplo.

Lo advierte y explica con gran claridad el doctor Viveiros: «Ninguna rama del Derecho—escribe—ha tenido entre nosotros menos cultivadores que la del *administrativo*. Y es natural que así sea. El funcionarismo público no constituyó jamás una carrera que exigiese preparación técnica. Sin garantías de estabilidad, el empleado se habituó a confiar más en la acción de partido que en la preparación profesional... Los altos cargos de gobierno tampoco exigían conocimientos especiales de Derecho administrativo. Los Ministros eran delegados del Parlamento... Las presidencias de las provincias eran *villegiaturas*, donde los políticos descansaban de las fatigas parlamentarias, sin otra preocupación que la de desarrollar las fuerzas de los partidos. El régimen interior de la Administración se caracterizaba por la arbitrariedad... En estas condiciones, el conocimiento del Derecho administrativo no era absolutamente in-

dispensable en la vida práctica... El Consejo de Estado, cuyos informes son monumentos de erudición y de alto sentido jurídico, era principalmente el auxiliar, el consejero del Gobierno... No era un Tribunal administrativo propiamente dicho, por cuanto, aun en los asuntos contenciosos, no dictaba decisiones, sino que sólo emitía informes sujetos a la *Imperial Resolución*. Debido a esto, no ejerció en la elaboración de la respectiva doctrina jurídica el mismo influjo que su homónimo francés.» En tales condiciones, no era fácil que el cultivo, meramente teórico, del Derecho administrativo, alcanzase gran altura.

Esta rama del Derecho, como derecho positivo, no puede surgir ni desarrollarse sino cuando el Estado propende a ser, por obra de estímulos internos, un Estado jurídico.

Mientras la conciencia nacional, el espíritu del pueblo, de que hablaba Savigny, y la escuela histórica, no sienta la necesidad de imponer al Estado la ley jurídica—como una *presión* consuetudinaria—, y mientras las clases directoras y los gobernantes no comprendan que hay un interés supremo en regular la vida del Estado según ideales de justicia, no es fácil que se produzca lo que llamamos Derecho administrativo, es decir, la ordenación jurídica de la conducta del Estado en la función capitalísima de conservar y perfeccionar sus instituciones propias y las instituciones para fines sociales.

El doctor Viveiros de Castro suaviza en cierto modo el alcance de las indicaciones copiadas acerca de la condición del Derecho administrativo en el Brasil, recordando, a continuación, lo reciente que, en general, es esta rama y disciplina y las dificultades que existen para determinarla teóricamente.

Luego nos da varias noticias sobre el Derecho administrativo en el Brasil, que conviene extractar:

«Entre nosotros — dice—, el estudio del Derecho administrativo y de la ciencia de la Administración—disciplinas que en las facultades jurídicas se enseñan en la misma cátedra—es, en la actualidad, de la mayor importancia. El art. 13 de la ley número 221, de 30 de noviembre de 1894, estableció una acción especial para los casos de lesión de los derechos individuales por actos o decisiones de las autoridades administrativas de la Unión. Ahora bien: es imposible defender esos derechos ni decidir esos litigios sin conocer a fondo la *naturaleza jurídica de la función pública y de las relaciones existentes entre el Estado y sus empleados.*»

Excusado decir, dado lo expuesto, el interés que el estudio del Derecho administrativo alcanza para los funcionarios del Estado, interés que igualmente han de sentir todas las clases que de alguna manera tienen que relacionarse con el Poder público, y a quienes importa muchísimo que impere un criterio jurídico en ese orden particular de la vida política y social.

El doctor Viveiros nos da cuenta, a continuación, de las manifestaciones de la literatura jurídico-administrativa en su país:

«Sobre Derecho administrativo—escribe—, posee nuestra literatura jurídica dos obras de valor: *Ensaio sobre o Direito administrativo*, del Vizconde del Uruguay, y *O Direito administrativo brasileiro*, del doctor Antonio Joaquín Rivas. La primera, como declara su eminente autor, estaba destinada a servir de introducción a un trabajo de mayores proporciones, que, desgraciadamente, quedó en proyecto... La obra de

Rivas fué, en su tiempo, un buen compendio; pero actualmente ya no satisface.

El doctor Viveiros aprovecha en su trabajo la rica labor de los tratadistas alemanes e italianos, estimando que hoy ya, en vez del conjunto de reglas áridas que explicaban el movimiento de la pesada organización burocrática, se pretende elaborar una ciencia administrativa, cuyos importantes problemas son de la mayor utilidad en la vida práctica. El plan de la obra comprende tres partes, a saber: 1.ª *Ideas propedéuticas;* 2.ª *Ciencia de la Administración*, y 3.ª *Derecho administrativo.*

INDICE

Páginas.

Dedicatoria v
Prólogo de la primera edición vii
Advertencia xxi

Preliminar.

EL SISTEMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La ordenación y exposición sistemáticas del Derecho administrativo.—2. La necesidad y las dificultades del sistema en esta rama jurídica.—3. La elaboración del mismo.—4. El propósito en la sistematización. Cuestión de método. Variedad de criterios.—5. El objeto del Derecho administrativo según los planes desarrollados por los diferentes autores. Influencia que se advierte en la distinta determinación del sistema.—6. Determinación concreta de nuestro propósito en la sistematización: la unidad del concepto y la ordenación adecuada de las materias. Punto de vista a la vez doctrinal y crítico, que se mantiene en la elaboración del sistema 3

Páginas.

Introducción al Derecho administrativo.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 1.° *Idea general del Derecho administrativo.*

1. Proceso para determinar el concepto del Derecho administrativo. Sus momentos. Su encadenamiento.—2. El Derecho administrativo como Derecho. Exigencias y prestaciones administrativas. Relaciones y orden administrativos. Régimen. Síntesis de los puntos de vista subjetivo y objetivo.—3. El supuesto *jurídico* en el Derecho administrativo. Su alcance. La diferencial de este Derecho.—4. Primera definición del Derecho administrativo. Su insuficiencia. Noción de Jèze (nota).—5. Necesidad de definir la significación del término que designa el *Derecho* como *administrativo*. Los problemas. Lo *administrativo* como objeto de relaciones jurídicas; lo *jurídico* especializado por lo *administrativo*.—6. Nociones esenciales. Administrar y Administración. Sentido amplio.—7. El aspecto jurídico en la acción o actividad administrativa. Aspecto *ético* en la Administración. El Derecho administrativo como orden jurídico de una Administración.—8. La Administración y la idea de personalidad.—9. La noción de autonomía administrativa y el Derecho administrativo.—10. El Derecho administrativo en las ciencias políticas. El Estado constitucional y el Derecho administrativo en sentido estricto. Valor y significación del Derecho administrativo en los Estados constitucionales modernos.—11. Administración y administrar como términos de la Política. El

Páginas.

bien público como criterio determinante de actividades del Estado El servicio público como noción generadora. Idea implícita en la de servicio público. Gestión de buen gobierno. Definición de la Administración pública.—12. Razón y posibilidad, según lo expuesto, de un Derecho administrativo como rama del Derecho positivo del Estado. Idea de Jèze. 29

§ 2.º *El Derecho administrativo, según las doctrinas. Evolución del concepto.*

1. Influencias que actúan en la formación del concepto del Derecho administrativo. Las exigencias prácticas y la reflexión doctrinal.—2. Las fórmulas ideadas para definir el Derecho administrativo. Clasificación de las mismas en tres grupos. Primer grupo: El punto de vista legalista de las normas. Vivien. Batbie. Ducrocq. Los italianos: De Gioannis. Manna. Los españoles: Ortiz de Zúñiga, Posada Herrera, Oliván, Colmeiro. Americanos: Letelier, Quirós y Emiliani (nota).—3. Segundo grupo: El punto de vista del Poder ejecutivo: Bonnin, Macarell, Vivien. Posición de Hauriou, Berthélémy. De Gioannis, Meucci, Di Bernardo, Roesler (nota). Definición de Goodnow.—4. Evolución del concepto en España bajo el régimen constitucional. Referencia esencial al Ejecutivo. Escriche. Canga-Argüelles. Silvela. Ortiz de Zúñiga. Laserna. Posada Herrera. Oliván. Cos Gayón y Cánovas. Colmeiro. Santamaría.—5. Tercer grupo: La Administración como actividad del Estado. La noción esencial de la actividad del Estado en el Derecho administrativo El supuesto de la actividad implícita en los conceptos de los grupos anteriores.—6. La elaboración del concepto de la Administración como actividad y función distinta del Estado

Páginas.

Mayer.—7. La actividad administrativa sometida a normas jurídicas. Berthélémy y Hauriou. Manifestaciones doctrinales de esta tendencia (Meyer, Mayer, Orlando): antecedentes en Romagnosi y Manna. Loris, Santi Romano, Ranelletti. La nueva concepción en España: Royo, Gascón y Marín.—8. Consideración sintética de las tres concepciones del Derecho administivo. Crítica de la legalista. El Derecho administratrativo, la ley y la práctica jurídica. Posición de Jèze. Complemento necesario. Lo utilizable de la concepción legalista.—9. La concepción del Derecho administrativo desde el punto de vista del Ejecutivo. La administración y la división de los Poderes. Crítica de esta doctrina. El régimen constitucional y la división de Poderes. Indeterminación del Ejecutivo. Lo administrativo y lo ejecutivo. Opiniones de Hauriou y de Orlando. Valor histórico de la concepción examinada.—10. Razones que explican y justifican la consideración analítica de la actividad del Estado para determinar la Administración y el Derecho administrativo. Función de la noción del fin..... 49

§ 3.° *La actividad y las funciones del Estado.—La función administrativa.*

1. Necesidad de un análisis de la actividad del Estado.—2. Actividad y actividades del Estado.—3. Actividad jurídica del Estado. Aspecto sociológico.—4. La realización del Derecho en el Estado. Operaciones necesarias.—5. Las funciones jurídicas.—6. La vida de relación del Estado. La actividad funcional del Estado en este respecto.—7. La naturaleza ética y espiritual de la actividad final y para las relaciones del Estado. El organismo del Estado: su

Páginas.

composición. La actividad para constituírlo y mantenerlo y hacer eficaz su acción. Prestación de servicios.—8. La noción de la Administración y de la función administrativa.—9. Definición de la función administrativa: la obtención del medio y la gestión del servicio..... 83

§ 4.° *La función administrativa en el sistema de las funciones del Estado.*

1. La función administrativa y la ejecutiva. La justicia y la administración. El Poder legislativo, el jefe del Estado y la Administración. La actividad administrativa y la acción cultural y social del Estado.—2. Amplitud de la materia administrativa. Criterios de Stein y Meyer.—3. El aspecto administrativo del organismo y de las funciones del Estado..... 103

§ 5.° *Definición del Derecho administrativo. — El Derecho administrativo en el sistema de las Ciencias jurídicas. — Derecho administrativo y Derecho político.*

1. Definición del Derecho administrativo según todo lo expuesto.—2. Contenido del Derecho administrativo. Derecho de las personas administrativas (Hauriou).—3. Derecho administrativo de los funcionarios y de sus relaciones.—4. Derecho administrativo transitivo.—5. Resumen del concepto.—6. Doble dirección de la actividad jurídico-administrativa: autoridad y gestión.—7. Subordinación jurídica de toda la actividad administrativa. — 8. Deducción del Derecho administrativo en el sistema general de las ramas jurídicas: el Derecho administrativo como

Páginas.

Derecho *público.*—9. Opiniones de Goodnow, Hauriou y Di Bernardo.—10. Procedimiento de indagación de Orlando.—11. Crítica de la génesis del Derecho administrativo como rama del Derecho público (Giner).—12. Deducción del Derecho administrativo según los fines de la personalidad: el Derecho administrativo y el orden jurídico del Estado, Derecho político y administrativo 110

CAPÍTULO II

LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. — ENCICLOPEDIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

1. Posibilidad científica del Derecho administrativo.—2. El Derecho administrativo como *idea* y como *fin práctico.*—3. El aspecto teórico del mismo. — 4. La ciencia.—5. La *Enciclopedia del Derecho administrativo:* orientación sistemática.—6. Puntos capitales de esta orientación.—7. Modos del conocimiento: Filosofía, Historia y Ciencia filosófico-histórica del Derecho administrativo.—8. Consideración especial de la Historia.—9. La doctrina y la técnica del Derecho administrativo.—10. Ciencias *particulares* relativas al Derecho administrativo (Ética, Arte, Economía, Política, Estadística, Geografía y Sociología del Derecho administrativo).—11. El Derecho administrativo *especial:* esferas y materias del mismo.—12. Cuadro sinóptico. Relaciones entre las distintas divisiones de la Enciclopedia 123

Páginas.

CAPÍTULO III

LA TÉCNICA Y EL ARTE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El Derecho administrativo como *fin práctico*.—2. El carácter práctico del Derecho administrativo.—3. El problema de cómo se realiza el Derecho administrativo. El método jurídico (Ihering).—4. Realización del Derecho en la persona colectiva: el Estado.—5. El Derecho como obra de la reflexión: el jurista.—6. Aplicación de la doctrina general expuesta al Derecho administrativo: el Derecho administrativo como interés general. Participación activa de todos los ciudadanos en la formación (vida) del Derecho positivo administrativo.—7. Principio generador de la realización *práctica* del Derecho administrativo.—8. El Derecho administrativo como obra de la reflexión.—9. Los *especialistas* del mismo: el funcionario y el jurista.—10. Participación de éstos en la realización del Derecho administrativo.—11. Lo *técnico* y lo *jurídico* en el Derecho administratitivo.—12. Definición y función de la técnica.—13. Operaciones de la técnica en el conocimiento. Lo que por el conocimiento del Derecho debe hacer la técnica.—14. El *arte*.—15. Realización *práctica* de la técnica.—16. Diversas manifestaciones de la práctica jurídico-administrativa: 1.° Por razón de las condiciones propias de la técnica jurídica.—17. 2.° Por razón del agente (Funcionarios administrativos).—*Nota*. Indicación general acerca del estado actual de la técnica jurídico-administrativa en España..... 143

Páginas.

CAPÍTULO IV

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 1.º—*Doctrina acerca de las fuentes del Derecho administrativo.*

1. Definición de las fuentes del Derecho.—2. La costumbre y la ley (Sumner Maine, Giner).—3. Función de la costumbre.—4. Función de la ley.—5. Valor y eficacia de la costumbre y de la ley.—6. La jurisprudencia.—7. El problema de las fuentes en el Derecho administrativo.—8. Clasificación de las mismas: Stein.—9. De Gioannis.—10. Meucci, Di Bernardo, Hauriou, Santamaría.—11. Opinión reinante.—12. Fórmula de Gneist.—13. El Derecho administrativo en la costumbre y en la ley.—14. Argumentos en contra del valor de la costumbre como fuente del Derecho administrativo.—15. Examen de los mismos: si la condición actual de aquél es favorable o contraria al Derecho consuetudinario.—16. Costumbres y prácticas administrativas.—17. Formas del Derecho administrativo consuetudinario (Longo): costumbre derogatoria y costumbre introductiva.—18. Resumen de las fuentes del Derecho administrativo.—19. Su consideración como fuentes de conocimiento.—20. El llamado *Derecho científico* 159

§ 2.º—*Las fuentes del Derecho administrativo en el Derecho español.*

1. Problemas que suscita la determinación de las fuentes del Derecho positivo.—2. Fuentes *generadoras* del Derecho político español.—3. Sus formas:

Páginas.

los hechos, los usos y costumbres; las prácticas administrativas; la Constitución y las leyes; las disposiciones administrativas; la jurisprudencia.—4. Del valor *real* y del valor *legal* de las fuentes.—5. Criterio y normas para definir el valor real y positivo de las diferentes fuentes.—6. Ordenación de las mismas según su valor real y positivo.—7. Valor atribuido a las diversas fuentes por la ley española: criterio *oficial* de aplicación.—8. Valor e importancia de la ley.—9. Valor de la costumbre frente y al lado de la ley.—10. Interpretación de las disposiciones legales aplicables al caso.—11. Otras formas del Derecho escrito en el Derecho administrativo.—12. Su valor jurídico.—13. Enumeración de las mismas.—14. Reales decretos y Reales órdenes.—15. Los Reglamentos.—16. Circulares e instrucciones.—17. Derecho administrativo local.—18. Dominio respectivo de las diversas fuentes escritas: la Ley y el Reglamento. Reglas de aplicación jurídica deducidas de la jurisprudencia y de la Constitución.—19 La jurisprudencia administrativa.—20. Publicación de las disposiciones administrativas.—21. Orden de prelación de las fuentes según el Derecho positivo.—22. Armonía entre las mismas: reglas para su mantenimiento.—23. Legalidad de las disposiciones administrativas. Recursos que la garantizan..... 179

§ 3.° *Bosquejo de las fuentes del Derecho administrativo español.*

1. Puntos de vista desde los cuales pueden interesar las fuentes de nuestro Derecho administrativo.—2. Las fuentes y la ciencia.—3. Conocimiento de la vida administrativa.—4. La ciencia del Derecho ad-

Páginas.

ministrativo como fuente.—5. Las fuentes y la aplicación práctica del Derecho administrativo.—6. Bosquejo de las fuentes. La Constitución del Estado: Fundamentos constitucionales de nuestro Derecho administrativo.—7. Las leyes y disposiciones administrativas: el Código civil y el penal como fuentes del Derecho administrativo.—8. Las fuentes como medios de información. Clasificación.—9. Fuentes generales científicas: tratados *generales* (bibliografía).—10. Bibliografía especial española. Tratados.—11. Colecciones legislativas de carácter privado.—12. Fuentes oficiales legislativas: la *Gaceta de Madrid*.—13. La *Colección legislativa*.—14. *Boletines oficiales de las provincias*.—15. *Diario de Sesiones de las Cortes*..... 192

CAPÍTULO V

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Sobre la codificación en general (Savigny).—2. Tendencias favorables a la codificación. Valor de los Códigos modernos.—3. Concepto del Código.—4. La codificación en el Derecho administrativo.—5. Opiniones de los autores.—6. Sobre la codificación administrativa (De Gioannis, Mantellini, Di Bernardo, Orlando).—7. Opiniones de Manna, Santamaría, Telesio, Minghetti.—8. Codificación parcial.—9. Cómo debe plantearse el problema: supuestos necesarios.—10. Lo que implica idealmente un Código (Savigny, Ihering).—11. Situación del Derecho administrativo con relación a las exigencias de la codificación.—12. El Derecho administrativo y las ramas del Derecho codificadas.—13. Se discute el argumento de la excesiva movilidad del

Páginas.

Derecho administrativo.—14. Conclusiones sobre la codificación del Derecho administrativo.—15. Examen de la cuestión con relación al Derecho administrativo español.—16. Orientación conveniente 203

Capítulos especiales del Derecho administrativo.

I

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 1.° *Los Reglamentos.*

1. Concepto del Reglamento en el Derecho administrativo.—Opinión de Santamaría, Gascón y Marín y F. de Velasco.—2. Doctrina de Orlando. Ley y Ordenanzas. Reglamentos, Ordenanzas, decretos. —3. Opiniones de Duguit y Moreau.—4. Doctrina de Hauriou. El Reglamento desde el punto de vista formal y desde el material. Ley y Reglamento.—5. Referencia a la teoría de la división de los poderes. Opinión de Jellinek.—6. Si se puede diferenciar la Ley y el Reglamento por razón del contenido. Indeterminación de conceptos.—7. Jèze. Diferencias entre la ley y el Reglamento por la forma y por la autoridad de quien emanan.—8. Alcance circunstancial de la referencia.—9. Fundamento del Reglamento en la naturaleza de las funciones del Estado. Compenetración necesaria de éstas. La legislación en la Administración.—10. La potestad legislativa y los Reglamentos. La potestad de dictar Reglamentos y la facultad delegada del Legislativo. Opiniones de Santamaría. Crítica.—11. El poder de dictar Reglamentos y la Constitución. El Rey y

Páginas.

la función reglamentaria. El legislador y los Reglamentos.—12. Reglamentos de ley y ordinarios.—13. Subordinación del Reglamento a la ley. Fundamento constitucional. Alcance de la subordinación.—14. Validez de los Reglamentos. Autoridad competente. Condiciones. Variedad de Reglamentos. Royo Villanova, Gascón y Marín y F. de Velasco.—15. Resumen de la doctrina jurídica de los Reglamentos. Normas de interpretación. Reglamentos ilegales. Recursos 223

§ 2.º *El Real decreto y la Real orden.*

1. El Real decreto como forma de manifestación del Poder ejecutivo. Los «mandatos» del Rey, según la Constitución. Solemnidades del Real decreto.—2. Teoría del Real decreto.—3. Fuerza del mismo. Su origen constitucional.—4. Opinión de Santamaría.—5. El Real decreto fuente del Derecho administrativo. Doctrina jurídica.—6. La Real orden y la acción del Ejecutivo. Forma de la Real orden. Comparación del valor *político* del Real decreto y de la Real orden 242

II

LA POTESTAD DISCRECIONAL

1. La potestad discrecional de la Administración. Lo discrecional y lo reglado: opiniones de Foucart y E. Laferriere.—2. La distinción entre lo discrecional y lo reglado en el Derecho administrativo francés y en el español. Ideas de Michoud. Doctrina del *Répertoire* de Dalloz.—3. Alcance del reconocimiento de lo discrecional en el Estado.—4. Lo discrecio-

Páginas.

nal y lo legislativo. El acto de soberanía.—5. Lo discrecional en el régimen constitucional. Lo discrecional y lo arbitrario. Acto y poder discrecional. Vivien, Michoud, Hauriou.—6. Explicación histórica de lo discrecional. Lo discrecional y la división de los poderes. La tradición monárquica y el *Rechtstaat*.—7. Evolución de un proceso. La doctrina del acto administrativo. La sumisión del Poder público al Derecho. Duguit.—8. La doctrina de las potestades de la Administración en España. Santamaría.—9. Consagración legal expresa de lo discrecional y de lo reglado como base de lo contencioso-administrativo 251

III

EL SERVICIO PÚBLICO

§ 1. *La noción del servicio público.*

1. Importancia de la noción del servicio público en la transformación del Derecho público. Duguit.—2. Qué es el servicio público. Bien público y servicio público. Cómo surge esta noción. Las dos operaciones esenciales de la Administración del Estado: la obtención del medio; la realización efectiva del fin. Síntesis: la prestación del servicio.—3. El servicio público como obligación jurídica.—4. La noción concreta del servicio público dependiente de la del fin del Estado 267

§ 2. *Los fundamentos del servicio público.*

1. Momentos en la generación positiva del servicio público. Su determinación como materia de Esta-

Páginas.

do.—2. Determinación específica del servicio público. Lo que supone esta determinación. La intervención del Estado. Trascendencia jurídica de esta intervención. La Administración.—3. La noción concreta de los servicios públicos. Ideas de Jèze.—4. Los procedimientos en la prestación y en la satisfacción de necesidades generales. El procedimiento del servicio público. Tres momentos en la génesis de un servicio público. — 5. La obligación del servicio público.—6. Acepciones del servicio público.—7. El servicio público como dependencia administrativa 274

§ 3. *La noción realista y jurídica del servicio público.*

1. El servicio público y el Estado función.—2. El tratamiento de las necesidades generales como servicio público. El aspecto jurídico.—3. La intervención política en la determinación del servicio público. Jèze.—4. Opinión de M. Duguit.—5. Elementos del servicio público: objeto, gestión, los medios. Las organizaciones..... 281

§ 4. *El funcionamiento de los servicios públicos.*

1. Relaciones que supone el funcionamiento de los servicios públicos: la de *prestación* y la de *constitución*.—2. Compenetración de estas relaciones. El Derecho administrativo.— 3. Los modos: prestación y explotación de servicios.—4. La congestión del Gobierno a causa de los servicios públicos. La desintegración de las funciones administrativas. Descentralización. Su diverso carácter. El sindicalismo.— 5. El sistema de los servicios públicos..... 287

Páginas.

IV

LA NOCIÓN DE LA POLICÍA EN EL RÉGIMEN DEL ESTADO

1. Noción general de la Policía. Mayer. La policía, el orden y la realización de los fines del Estado. Lotz.—2. Policía y coacción. Lœnnig. Mayer.—3. La policía como actividad en relación con los servicios.—4. Manifestaciones diversas de la policía.—5. Procedimientos. Hauriou.—6. Aspectos, formas y esferas de la policía 292

V

LA NOCIÓN DEL «SELF-GOVERNMENT»

1. El *Self-government*. Relaciones en que debe ser considerado.—2. El aspecto sociológico.—3. Aspecto jurídico.—4. El *Self-government* desde el punto de vista político. Soberanía y *Self-government*.—5. Crítica de la soberanía.—6. Los supuestos del *Self-government*.—7. Las aplicaciones del *Self-government* en el Estado.—8. El *Self-government* en el Estado federal y el *Self-government* local.—9. El régimen unitario centralizado y de *Self-government*.—10. El *Self-government* municipal.—11. Las condiciones esenciales de una autonomía local..... 301

Bibliografía.

I.—El «Derecho Administrativo», de M. Hauriou:

1. Labor constructiva..... 325
2. La Institución..... 329
3. El plan..... 331

Páginas.

II.—La centralización en el «Derecho administrativo», de M. Hauriou..... 335

III.—El «Tratado de Derecho administrativo», de H. Berthélémy:

1. El Derecho administrativo francés..... 347
2. Las nociones generales..... 349
3. Función administrativa y función ejecutiva... 351
4. Resumen del libro..... 352

IV.—El «Derecho administrativo alemán», de Otto Mayer:

1. Derecho administrativo..... 355
2. El influjo francés..... 358
3. La Administración y el Derecho admistrativo. 360
4. El plan de la obra..... 362

V.—El «Tratado de Derecho administrativo italiano», de V. E. Orlando:

1. Indicación preliminar..... 365
2. Sobre la importancia del Derecho administrativo..... 367
3. La Administración social..... 370
4. El criterio del Tratado..... 372
5. Introducción al Derecho administrativo..... 373
6. Las teorías fundamentales..... 375
7. El sistema del Derecho administrativo..... 377

VI.—El «Derecho administrativo», de A. Brunialti..... 383

VII.—El «Derecho constitucional y el Derecho administrativo», por P. Errera:

1. Indicación general..... 389
2. La costumbre como fuente de Derecho..... 391
3. El Derecho constitucional..... 394
4. El Derecho administrativo..... 395

Páginas.

VIII.—El «Derecho administrativo de los Estados Unidos», por F. J. Goodnow:

1. La existencia del Derecho administrativo..... 397
2. Definición..... 400
3. La función administrativa y el Derecho administrativo..... 402
4. El plan..... 404

IX.—«La ciencia de la Administración y el Derecho administrativo», por Viveiros de Castro. 407

Obras de ADOLFO POSADA

	Pesetas.
Principios de Derecho político.—Introducción.....	7,50
Ciencia política	1,50
Feminismo	3
El Sufragio	1,50
Literatura y problemas de la Sociología..	3
Sociología contemporánea.....	1,50
Ideas e ideales.....	2
Socialismo y reforma social	3
Política y Enseñanza	2,50
Teorías políticas.....	2,50
Principios de Sociología.—Introducción.....	8
Pedagogía.....	1
Autores y Libros.....	1
Para América.—Desde España	5
En América.—Una campaña	3,50
Instituciones políticas de los pueblos hispano-americanos.....	3
La República del Paraguay.—Impresiones y comentarios.....	6
La República Argentina.—Impresiones y comentarios.	8
El Régimen municipal de la Ciudad moderna, con un resumen del *Régimen local en los principales países.*	6
Tratado de Derecho político, tres vols., 2.ª edición ...	23
La Idea del Estado y la Guerra europea.....	1
Teoría social y jurídica del Estado.—El sindicalismo.	10
Evolución legislativa del régimen local en España...	8
Actitud ética ante la guerra y la paz	5

Spanisches Staatsrecht (en la Colección *Das Œffentliche Recht der Gegenwart,* dirigida por P. Laband, R. Piloty y Max Hubes (10 marcos).

Il diritto pubblico spagnuolo comparato (Biblioteca di Scienze Pol. ed Amm. de A. Brunialti).

EN PRENSA

Tratado de Derecho político, 3.ª edición.
Tratado de Derecho administrativo, 2.ª edición, tomo II.
En la Argentina: Sensaciones y estudios.

EN PREPARACIÓN

Sobre la crisis de España.
Meditaciones y Ensayos.
L'Etat et le Gouvernement (Doin, editor, París).

LIBRARY
UNIVERSITY OF ILLINOIS
URBANA

LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUÁREZ
Preciados, 48.—MADRID

COLECCIÓN

DE

FILÓSOFOS ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

TOMOS PUBLICADOS

I. — Cuzary, diálogo filosófico, por Yehudá Ha-Levi (siglo XII); 5 pesetas.
II. — La cuádruple raíz del principio de la razón suficiente, por Arturo Schopenhauer; 3,50 pesetas.
III. — Crítica de la razón práctica, por M. Kant; 4 pesetas.
IV. — El destino del hombre y el destino del sabio, por J. G. Fichte; 4 pesetas.
V-VI. — Crítica del juicio, por M. Kant; 7 pesetas.
VII. — Lógica, por Federico Hegel; 5 pesetas.
VIII. — Filosofía de la Naturaleza, por F. Hegel; 4 pesetas.
IX. — Filosofía del Espíritu, por F. Hegel; 5 pesetas.

EN PRENSA

M. Kant. Crítica de la razón pura.

BIBLIOTECA ESPAÑOLA DE DIVULGACIÓN CIENTÍFICA

TOMOS PUBLICADOS

I. — A. Castro. La enseñanza del español en España; 3 pesetas.
II. — F. Stolz. Historia de la Lengua latina, traducción de A. Castro; 6 pesetas.

EN PRENSA

III. — E. de Villena. Arte de trovar, publicado por F. Sánchez Cantón.
IV. — O. Meringer. Lingüística indoeuropea, traducción de Urbano González de la Calle.
V. — A. Zauner. Lingüística románica.